سلسلة الأبحاث الفقهية والأصولية
6

إصدارات مخبر الدراسات الفقهية والقضائية

جامعة الوادي - الجزائر

مدارك الاستدلال في المذهب المالكي

بقلم
د. نبيل موفق

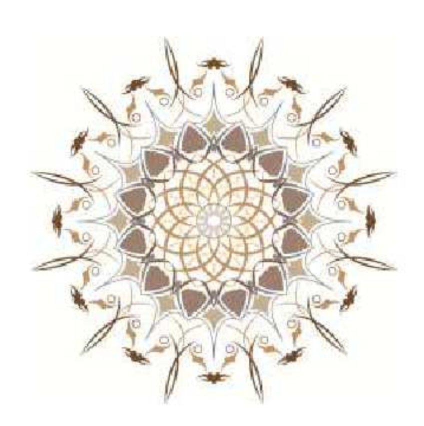


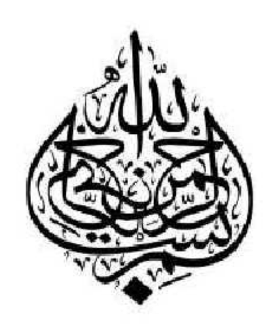
إصدارات مخبر الدراسات الفقهية والقضائية
جامعة الوادي ـ الجزائر

□ سلسلة الأبحاث الفقهية والأصولية (6)

مدارك الاستدلال في المذهب المالكي

بقلم
د. نبيل موفق
أستاذ محاضر "أ" بقسم الشريعة
عضو مخبر الدراسات الفقهية والقضائية
معهد العلوم الإسلامية ـ جامعة الوادي ـ الجزائر







مخبر الدراسات الفقهية والقضائية
جامعة الوادي - الجزائر
مخبر بحث معتمد من قبل وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
تحت رقم (70) .بتاريخ: 2015/02/21 . الرمز: E0780500
البريد الإلكتروني: La-et-do-ju@univ-eloued.dz
مدير المخبر: أ.د. إبراهيم رحماني
rahmani-brahim@univ-eloued.dz



الطبعة الأولى
1441هـ / 2019 م
ردمك: 978-9931-650-77-5
رقم الإيداع القانوني: أكتوبر 2019





تصدير مدير المخبر

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده

أما بعد، فإن من أجلّ نعم الله علينا وعلى الناس من أهل الغرب الإسلامي أن تواضع أهلنا منذ القدم طواعية واختيارا على اعتماد المرجعية الفقهية المالكية في التعاطي مع الأمور الاجتهادية المتعلقة بالمسائل الفقهية المختلفة.

ولعل مما شدّ الناس إلى المذهب المالكي أكثر من غيره، هو الظهور القوي لشخصية الإمام مالك وجمعه بين الفقه والحديث، وما تناقله الرواة بشأن تعظيمه لحديث النبي ﷺ وتكريمه لعلوم الشريعة.

ثم إن هذا المذهب بكثرة أصوله وتنوعها، وبراعة جهود أعلامه في التفريع والتقعيد والتخريج قدّم للناس ثروة هائلة من التطبيقات والحلول الشرعية المحققة للمصالح والرافعة لجميع مظاهر العسر والحرج، والمنفتحة في الوقت نفسه على سائر المذاهب الإسلامية وعلى مختلف متغيرات العصر، بما يحقق مقاصد التشريع الإسلامي وأهدافه.

ويأتي هذا المصنف الذي نقدم له في صميم الاهتمام بمناهج الاستدلال على الأحكام الفقهية عند المالكية، حيث إن مخبر الدراسات الفقهية والقضائية بجامعة الوادي يسعى لأن يقدم دراسات فقهية وأصولية متميزة، تستثمر في الموروث الحضاري لأهل البلد، وتوجّه لحسن تفعيله بما يخدم الفرد والمجتمع والأمة، ويرفع من مستويات الأداء في العبادات والمعاملات

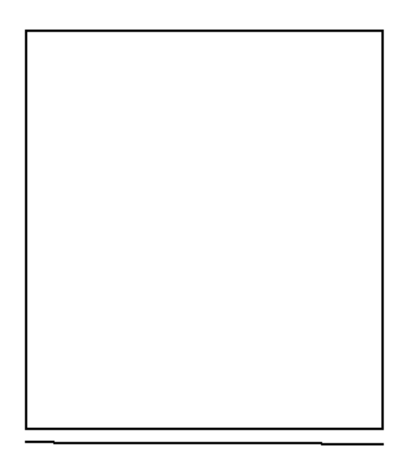
والأخلاق، ويحقق الخير العميم.

لقد اجتهد مؤلف هذا الكتاب فضيلة الأخ الدكتور نبيل موفق في تتبع مدارك الاستدلال بأسلوب موجز كثير الأمثلة والشواهد، يهدف إلى تقديم صورة واضحة تصوّر الموضوع متكاملا، وتوضح أهم معالمه؛ حيث تطرق لمفهوم المذهب، وخصائصه، وشيء من تاريخه، ثم عرض الأصول النّقلية التي اعتمدها الإمام مالك وأتبعها بأهمّ الأصول الاجتهاديّة، وركّز على الضّوابط الناظمة لأمهات المسائل، وختم الكتاب ببيان أهمّ المدارك الاستدلاليّة المبنيّة على النّظر المقاصدي في المذهب المالكي.

أحسب أن المؤلف وفّق إلى حدّ كبير في الوصول للأهداف التي وضعها في هذا المصنف، وسوف يقف القارئ على ملامح هذا التوفيق بمجرد إتمام قراءة هذه الصفحات. أسأل الله عز وجل أن ينفع بهذا الجهد الطيب، وأن يبارك في كاتبه ويحفظه من كل مكروه، وأن يتقبل هذا العمل ويجعله في ميزان حسناته، ويوفق لأعمال علمية مستقبلية أكثر نجاحا وتميزا. وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد وعلى آله الطاهرين.

الوادي في: 29 محرم 1440هـ/28 سبتمبر 2019م

مدير المخبر / أ.د. ابراهيم رحماني





مقدّمة

الحمد لله ربّ العالمين والصّلاة والسّلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيّدنا ونبيّنا محمّد وعلى آله الطّيّبين الطّاهرين، وأزواجه أمّهات المؤمنين، وصحابته الغرّ الميامين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدّين وبعد:

فإنّ المذهب المالكي من أكثر المذاهب أصولاً والتي من شأنها أن تجعل فقهه فقهاً مرناً في التّطبيق ومعالجة الوقائع الحادثة، كما تجعله أقرب حيويّة وتحقيقاً لمصالح النّاس.

وقد كان الفضل في تمكين الفقهاء من الاجتهاد والاستنباط والتّوسّع في مجال تخريج المسائل في المذهب المالكي ثراء الأصول الاجتهادية المعتمدة من طرف المجتهدين، ولذلك نجد فقهاء المذهب المالكي قد

يخالفون إمامهم في بعض الفروع تخريجاً على نفس الأصول. ومن أهمّ ما يمكن أن يلفت الانتباه في أصول المذهب اعتماده على المصلحة الشّرعيّة كأساس في الاجتهاد عن طريق خطط تشريعيّة مثل المصلحة المرسلة، وسدّ الذّرائع، والاستحسان، والعرف، وكل هذه الخطط جعلته ينفرد ببعض الخصائص التّشريعيّة والمناحي الاستدلاليّة التي لها أبعاد مقاصديّة.

وإذا نظرنا إلى الكتب المؤلّفة في جمع وبيان مدارك النّظر والاجتهاد في المذهب المالكي سواءً أكانت النّقلية منها أم الاجتهادية، وسواءً أكانت تلك الكتب والمؤلّفات قديمة أم معاصرة وحديثة ألفيناها جانحة إلى الطّول تارةً، وإلى التّعقيد تارةً أخرى، فجاءت صعبة التّناول والفهم لاسيما على الطّلبة الذين لا مران لهم بالمطوّلات، ولا عهد لهم بعبارات السّابقين والقدامى من الأصوليّين، ضف إلى ذلك أنّ جلّ تلك الكتب والمؤلّفات خلت من بيان مدارك النّظر في المذهب المالكي المتعلّقة بالتّعليل المقاصدي، فأردت أن أضع مرجعاً للطّلاّب في هذا الموضوع يجمع شتات مدارك الاستدلال النّقلية والاجتهاديّة والمقاصديّة بصفة مختصرة، فاستعنت بالله تعالى في جمع المادّة العلميّة من كتب المذهب المالكي القديمة والحديثة، الأصوليّة منها والمقاصديّة، مركّزاً على أهمّ ما يُجلّي الأصل المدروس من ناحية توظيفه كدليل استدلاليّ يُبنى عليه النّظر الاجتهادي عند فقهاء المالكيّة.

الإشكالية:

تتمثّل إشكالية هذه الدّراسة في محاولة تسليط الضّوء على أهمّ ما يميّز المذهب المالكي من خصائص استدلالية، ومدارك حجاجيّة، ومدى توظيفها في عملية الاجتهاد؟.

كما تتمثّل في بيان الحاضنة الاجتهادية (مدارك الاستدلال والنّظر) عند فقهاء المذهب المالكي؟ وما هي أهم الظّروف التي جعلت المذهب المالكي يزخر بكلّ تلك الأنواع من الأدلّة والأصول؟ وما هي أهم الضّوابط التي اشتراطها فقهاء المذهب لإعمال الدّليل، وما هي أهم مسوّغات تفعيله؟، وأبرز دوافع الاستناد عليه في العملية الاجتهاديّة؟ وما هي أهمّ الأبعاد المقاصديّة للأصول الاجتهادية في المذهب المالكي؟.

المنهجيّة المتّبعة:

لمّا رمت البحث في المدارك الاستدلاليّة عند المالكيّة قصدت من ذلك البحث في المدارك الأصوليّة، والمدارك المقاصديّة، وطبيعي أن يكون لكلا النّوعين من المدارك خصائص تميّزه، وظروفاً نشأ فيها، وأسباباً دعت إلى تدوينه ووضعه ضمن الأصول المعتمدة، ولبيان ذلك كلّه جاء هذا العمل مقسّماً إلى أربعة مباحث:

الأوّل منها في البحث عن مفهوم المذهب، وخصائصه، وتاريخ

تدوين أصول المذهب، وأهمّ المدوّنات التي عُنيت ببيانها، وأبرز إسهامات علماء المالكيّة في التّدوين والتّنظير الأصولي.

والثّاني في بيان الأصول النّقلية التي اعتمدها الإمام مالك رحمه وتبعه عليها علماء المذهب، وأهمّ المسائل التي تميّز بها المالكيّة عن غيرهم من علماء وفقهاء المذاهب الأخرى.

والثّالث في بيان أهمّ الأصول الاجتهاديّة المعتمدة عند المالكيّة، مع بيان أهمّ الضّوابط التي اشترطها فقهاء المذهب لإعمال ذلك الدّليل.

والرّابع في بيان أهمّ المدارك الاستدلاليّة المبنيّة على النّظر المقاصدي عند المالكيّة.

المبحث الأوّل
مدخل مفاهيمي لأصول المذهب المالكي
(المفهوم والتدوين والخصائص)

وفيه المطالب التّالية:

المطلب الأوّل: مفهوم أصول المذهب المالكي

المطلب الثّاني: إحصاء أصول المذهب المالكي

المطلب الثّالث: أنواع أصول مذهب المالكيّة وخصائصها

المطلب الرّابع: تاريخ تدوين أصول الفقه المالكي

المطلب الخامس: مسالك معرفة أصول مذهب مالك وإسهامات المالكيّة في التّدوين الأصولي

المطلب الأوّل: مفهوم أصول المذهب المالكي

لإعطاء مفهوم لأصول المذهب المالكي لابدّ من بيان لمفهوم كلّ من "أصول" و "المذهب المالكي".

الفرع الأوّل: مفهوم الأصل لغة واصطلاحاً.

أوّلاً: مفهوم الأصل لغة:

الأصل: أسفل الشّيء، يقال: قعد في أصل الجبل، وأصل الحائط، وقلع أصل الشّجرة، ثمّ كثر حتّى قيل: أصل كلّ شيء: ما يستند وجود ذلك الشّيء إليه، فالأب أصلٌ للولد، والنّهر أصلٌ للجدول[1].

وجمع أصل: أصول، لا جمع لها إلاّ ذاك[2].

ويقال أصّل الأصول، كما يقال: بوّب الأبواب، ورتّب الرّتب[3].

قال المناوي: "أصّلته تأصيلاً: جعلت له أصلاً ثابتاً يُبنى عليه[4].

ثانياً: مفهوم الأصل اصطلاحاً:

قد وقع لفظ الأصل في الاصطلاح عند العلماء والفقهاء والأصوليّين على معان مختلفة ومفاهيم متنوّعة منها[5]:

1- الزبيدي تاج العروس، 7/306- 307.

2- المصدر نفسه.

3- المصدر نفسه.

4- الفيّومي، المصباح المنير، 1/16.

5- القرافي، شرح تنقيح الفصول، ص16، ونفائس الأصول، 1/157، الزّركشي، البحر المحيط، 1/26، والرّهوني، تحفة المسؤول، 4/14- 15.

1-الصّورة المقيس عليها: من أشهر إطلاقات الأصل الواردة في كلام أهل العلم: الصّورة المقيس عليها، فالأصل ركنٌ من أركان القياس، وهو الصّورة التي يكون القياس عليها، ويلحق حكمها بالفرع للعلة المشتركة بينهما.

2-الرّجحان: كقولهم:" الأصل في الكلام الحقيقة؛ أي الرّاجح عند السّامع هو الحقيقة لا المجاز.

3-المخرج: ومنه إطلاق الفرضيين الأصل على مخرج المسائل في علم الميراث والفرائض يقولون: أصل المسألة من كذا.

4-القاعدة المستمرّة: ومن معاني الأصل: القاعدة المستمرّة كقولهم إباحة الميتة للمضطر على خلاف الأصل.

5-الغالب في الشّرع: كذلك يُطلقون " الأصل" على ما علم وروده في الشّرع على سبيل الغالب، والخلوص إلى كون هذا الأمر غالباً في الشّرع، إنّما يكون باستقراء موارد الشّرع.

6-الاستصحاب: أي استمرار الحكم السّابق في الزّمن الحالي أو المستقبلي، كقولهم: الأصل بقاء ما كان على ما كان حتّى يوجد المزيل له.

7-الدّليل: وأشهر الإطلاقات وأكثرها ذيوعاً على ألسنة العلماء وأقلام الفقهاء: إرادة الدّليل من إطلاق لفظة "الأصل" كقولهم: "أصل هذه المسألة من الكتاب والسّنّة أي: دليلها" ومنه "أصول الفقه" أي: أدلّته، وهذا هو المعنى المراد في دراستنا لهذا المقياس؛ فنعني بأصول المذهب المالكي: "مجموع الأدلّة الكلّيّة النّقلية والعقليّة التي كان مذهب المالكيّة بانياً فقهه عليها".

الفرع الثّاني: مفهوم المذهب المالكي:

أوّلاً: تعريف المذهب لغةً:

المذهب من ذهب يذهب ذهاباً (بالفتح ويُكسر)، وذُهوباً ومذهباً، فهو ذاهبٌ وذَهوبٌ: سار أو مرّ[1].

والمذهب الطّريقة يقال: ذهب فلان مذهباً حسناً أي طريقة حسنةً[2].

ومن المجاز: المذهب: المعتقد الذي يذهب إليه، وذهب فلان لذهبه أي: لمذهبه الذي يذهب فيه[3].

فالمذهب مصدر ميميّ للفعل ذهب، وهو صالح لحادث الذّهاب ومكانه وزمانه، والمعنى الذي يعنينا من هذه المعاني هو: مكان الذّهاب ومحلّه، لأنّ المذهب الذي ينسب لعالم من العلماء هو محلّ لذهاب اجتهاده، فيقال مذهب مالك، ففيه تشبيه للأحكام التي ذهب إليها واعتقدها بطريق يوصل إلى المقصود، واستعير اسم المشبّه به للمشبّه على طريق الاستعارة التّصريحيّة الأصليّة، والجامع بينهما التّوصّل للمقصود في كلّ[4].

ثانياً: مفهوم المذهب اصطلاحاً:

المقصود من المذهب اصطلاحاً: هو مجموع الآراء الاجتهاديّة لإمام من

---

[1]- الزبيدي، تاج العروس، 2/449، وابن منظور، لسان العرب، 1/393، مادة "ذهب".

[2]- المصدر نفسه.

[3]- المصدر نفسه.

[4]- الصّاوي، بلغة السّالك، 1/16، والحطاب، مواهب الجليل، 1/24، والنّفراوي، الفواكه الدّواني، 1/24، اللّقاني، منار أصول الفتوى، 1/22.

الأئمّة الذين دوّنت آراؤهم وحرّرت، وما تلاه من اجتهادات أصحابه على وفق قواعده وأصوله تخريجاً وترجيحاً[1].

فالمذاهب التي تعزى للأئمّة ليست خالصة لهم، بحيث لا نجد فيها إلاّ رأياً صدر عنهم، واجتهاداً عزي إليهم، بل إنّ حقيقة المذهب هو ما اشتمل على اجتهادات إمام المذهب وعلى اجتهادات أتباعه من تلامذته ومن تلاهم، بشرط أن تكون هذه الاجتهادات صادرةً عن قواعد الإمام وأصوله، بما يجعل الاجتهاد منسوباً للمذهب ومعزوّاً إليه، فمذهب المالكيّة –مثلاً– هو مذهب مالك بن أنس في آرائه واجتهاداته، ومذهب ابن القاسم وأشهب، وابن وهب، وأصبغ بن الفرج، والقاضي إسماعيل، وابن أبي زيد القيرواني، والمازري، وابن رشد، وابن الحاجب، والقرافي والشّاطبي، وخليل بن إسحاق، والخرشي، والعدوي، إلى غير ذلك من علماء المذهب وفقهائه، فالنّوازل التي أفتى فيها المالكيّة على وفق قواعد مالك تنسب إلى مذهب المالكيّة ولا تعدّ خارجة عنه، ما دامت هذه الفتاوى متفرّعةً من قواعد الإمام التي ارتضاها لنفسه في الاجتهاد، وبنى مذهبه عليها.

ومن دلائل ذلك أنّ المالكيّة في بعض الفروع يعتمدون قول ابن القاسم ويتركون قول الإمام مالك نفسه، ثمّ إنّهم يعدّون ما اعتمدوه من مذهبهم المالكي مع أنّ إمامهم الذي يتّبعونه قال بخلاف ما نسبوه إلى المذهب ينبئ عن شمول اصطلاح المذهب لما هو أعمُّ من اجتهادات الإمام ليندرج فيه

1– حاتم باي، الأصول الاجتهاديّة، ص18.

اجتهادات المتّبعين له.

ومن شرط ما يعزى للمذهب أيّ مذهب أن يكون من قبيل الأحكام الاجتهاديّة، أمّا الأحكام القطعيّة التي لا محلّ للنّظر فيها فلا اختصاص لمذهب بها دون مذهب[1].

وللمالكيّة المتأخّرين اصطلاح في إطلاق لفظة "المذهب" في كتبهم الفقهيّة، فهم يريدون بها إذا ما أجروها في كلامهم: "المعتمد المفتى به لدى علماء المذهب" من باب إطلاق الشّيء على جزئه الأهم نحو قوله –صلّى الله عليه وسلّم-: "الحجّ عرفة"[2] لأنّ ذلك هو الأهم عند الفقيه المقلّد كما أنّ الوقوف بعرفة هو الأهم بالنسبة للحاج.

فإذا استبان لنا مفهوم كلّ من "الأصول" و"المذهب المالكي" فالمراد من أصول المذهب المالكي: "الأدلّة الكلّيّة التي يؤَسّس عليها فقه المالكية الصّادر عن الإمام والأتباع.

1- القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرّفات القاضي والإمام، ص199، وعليش، منح الجليل، 19/1، واللّقاني، منار أصول الفتوى، ص222- 223.

2- الترمذي كتاب الحج، باب ما جاء فيمن أدرك الإمام بجمع فقد أدرك الحجّ، رقم889، والنّسائي، كتاب الحج، باب فرض الوقوف بعرفة، رقم3016.

المطلب الثاني: إحصاء أصول المذهب المالكي

من المهم الإشارة إلى أنّ مالكاً –رحمه الله– لم ينصّ على كلّ أصوله، لكنّ المالكيّة ممّن جاؤوا بعده اعتنوا ببيان الأصول التي كان مالكٌ –رحمه الله– يصدر عنها في اجتهاده الفقهي، والتي تعدّ أساساً في المرجعيّة التّدليليّة لمذهبه، وكان الأساس الذي اعتمدوه في عمليّة الوقوف على هذه الأصول هو: استقراء الفروع والاستدلالات الجزئيّة والنّظر فيها لتلمّح أصول المذهب واستخلاص المنهج الاجتهادي للإمام، هذا عند أكثر المهتمّين بدراسة أصول المذهب المالكي، ولكن للفقيه الأصولي المالكي ابن العربي المعافري رأيا آخر فإنّه يرى جازما بأنّ مالكا بيّن في كتابه الموطّأ أصول فقهه وفروعه كما يجزم أنّه بناه على تمهيد الأصول للفروع، ونصّ فيه على معظم أصوله[1].

وقد نقل ابن وهب عن مالك أنّه كان يقسّم الأدلّة إلى قسمين: نقلية وعقلية، قال ما نصّه: "قال لي مالك الحكم الذي يحكم به بين النّاس حكمان: ما كان في كتاب الله أو أحكمته السّنّة، فذلك الحكم الواجب الصّواب والحكم الذي يجتهد فيه العالم برأيه فلعلّه يوفّق"[2].

يتّضح لنا من هذا النّص أنّ مالكاً يعتبر أنّ مصدر الحكم الشّرعي الدّليل النّصّي كالكتاب والسّنّة وما يلحق بهما، والدّليل العقلي كالمصلحة وغيرها.. .

---

[1]– محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، مراعاة الخلاف في المذهب المالكي وعلاقتها ببعض أصول المذهب وقواعده، ص69.

[2]– ابن عبد البر، جامع بيان العلم وفضله، 2/25.

ويرى بعض العلماء بأنّ مالكاً لم يصرّح بأنّه التزم فيما كان يستنبطه من أحكام أصولاً وقواعد اعتمدها أساساً في الاستنباط والاستنتاج، إلاّ ما يفهم من ضبطه في اعتماده على الأصلين وعمل أهل المدينة، وما يستشفّ من عمله في الموطّأ من أنّه كان يعتمد أحياناً على القياس، إلاّ أنّ عمله هذا يبقى دون إعطاء منهجيّة واضحة المعالم تنهض دليلاً على ما ذهب إليه ابن العربي في القبس، وعياض في المدارك، ومن ثمّ يجوز القول بأنّ ذلك يبقى من عمل أتباعه الذين جاؤوا إلى الفروع فتتبّعوها ووازنوا بينها فاستنبطوا منها ما صحّ لديهم أنّه دليل قام عليه الاستنباط فبنوا تلك الأصول وأضافوها إلى الإمام مالك تساهلاً[1].

ومهما يكن من الأمر من التّنصيص على هذه الأصول أو استنباط الأتباع لها، فإنّها أصبحت تمثّل القواعد والخطط التّشريعيّة التي تستند عليها العمليّة الاجتهاديّة عند علماء المالكيّة.

وإذا جئنا لبيان إحصائها فإنّه من المهم القول بأنّه قد اهتمّ غير واحد من المالكيّة بتعداد الأدلّة التّشريعيّة التي بنى عليها مالك –رحمه الله– مذهبه؛ لكن ما يمكن أن نسجّله هنا هو اختلافهم في عدد الأصول التي عزوها لمذهبهم؛ فمنهم من جعلها أربعة أصول، ومنهم من بلغ بها العشرين دليلاً وأصلاً، وبين هذا الإحصاء وذاك إحصاءات تتردّد بينهما.

والسّبب الذي أدّى إلى هذا الاختلاف في عمليّة الإحصاء ما بين مقتصد

1- عمر الجيدي، محاضرات في تاريخ المذهب المالكي في الغرب الإسلامي، 59.

في العدّ ومبالغ يرجع في نظر بعض الباحثين إلى أسباب منها[1]:

1- أنّ بعض المالكيّة في تَعدادهم لأصول المذهب لم يلتزموا الاستيعاب ولا قصدوه، وإنّما كان غرضهم ذكر أهمّ الأصول في المذهب.

2- بعض المالكيّة يجعل بعض الأصول عامة بحيث تشمل أصولاً أخرى مفردةً عند غيرهم؛ فمثلاً تجد ابن العربي عدّ من جملة الأصول:"الاجتهاد" وهو شامل ولا شكّ لكثير من الأصول كالاستحسان وغيره...، ومن العلماء من يعدّ "الاستدلال المرسل" من جملة "القياس" فذكر القياس في أصول مالك يجزئ عن ذكر "الاستدلال المرسل" مفرداً، لأنّه من مشمولاته، ومثلُ ذلك من جعل مراعاة الخلاف من قبيل الاستحسان فذكر "الاستحسان" في جملة أصول مالك واعتبره مغن عن التّنصيص على "مراعاة الخلاف" وهذا يرجع إلى تطوّر المصطلحات في علم أصول الفقه والاتّجاه إلى التّمييز ما أمكن بين المعاني المختلفة ولو كان الاختلاف جزئياً، فالمتقدّمون يطلقون مصطلح "الرّأي" على الاجتهاد الذي خرج عن الاستدلال المباشر من الكتاب والسّنّة والإجماع، وهو عند المتأخّرين يشمل أصولاً كثيرة كالاستصلاح، والاستحسان، والذّرائع... .

3- ومن جملة هذه الأسباب الاختلاف بين المالكيّة في الاعتداد ببعض الأصول وعدّها من جملة أدلّة الشّرع، وعدم الاعتداد بها فمن جعلها دليلاً من أدلّة المذهب أدخلها في سلك أصول المالكيّة، ومن خالف لم يدرجها في إحصائه، مثل قول الصّحابي مثلاً.

---

[1]- حاتم باي، الأصول الاجتهاديّة، ص25.

4- ومن جملة هذه الأسباب القصور في الإحصاء من بعض العلماء في تعداد أصول المذهب المالكي فليس من التزم الاستيعاب في الإحصاء ببالغه لأنّ للتّقصير مدخلاً في عمليّة الإحصاء إذ هي عمليّة اجتهاديّة تتعلّق بالنّظر.

وإليك بعض الإحصاءات لأصول مالك ممّا عدّه المالكيّة أدلّة لفقهه مرتّبة على حسب الفترة الزّمنيّة:

الفرع الأوّل: الإحصاء الأوّل:

وهو ما أثر عن مالك في إحصاء أصوله والتّنصيص عليها، وذلك في بيانه للأدلّة التي يجب على القاضي أن يكون مستنداً إليها في الحكم الذي يصدر عنه في قضائه، والقضاء لون من ألوان الاجتهاد، وأصول الأدلّة التي يرجع إليها القاضي هي الأصول نفسها التي تكون لدى المجتهد في إفتائه.

قال ابن أبي زيد في كتاب "النّوادر والزّيادات": " ومن كتاب سحنون قال مالك: وليحكم بما في كتاب الله، فإن لم يكن فيه فبما جاء عن رسول الله ﷺ إذا صحبته الأعمال، فإن لم يجد ذلك عن رسول الله ﷺ فما أتاه عن أصحابه إن اجتمعوا، فإن اختلفوا حكم بمن صحبت الأعمال قوله عنده، ولا يخالفهم جميعاً ويبتدئ شيئاً من رأيه، فإن لم يكن ذلك فيما ذكرنا اجتهد رأيه وقاسه بما أتاه عنهم، ثمّ يقضي بما يجتمع عليه رأيه... "[1].

فقد نصّ مالك –رحمه الله– على:

---

[1]- ابن أبي زيد، النوادر والزيادات، 15/8- 16، وابن رشد، البيان والتّحصيل، 190/9- 191، وابن فرحون، تبصرة الحكّام، 64/1- 65.

1-الحكم بما في كتاب الله، 2-الاعتماد على العمل المدني لأنّ العمل عنده مقدّم على أخبار الآحاد، 3-أن يحكم بالسّنّة وشرط الأخذ بها ألاّ تعارض عملاً مدنيّاً، 4-الإجماع، 5-النّظر والاجتهاد والرّأي والقياس على الأصول، وهذا آخر الأصول التي أشير إليها في النّصّ السّابق، ويلحظ أنّه يشمل مسالك الاجتهاد بالرّأي كالاستدلال المرسل والاستحسان، وسدّ الذّرائع....

الفرع الثّاني: الإحصاء الثّاني:

وهو ما ذكره الجبيري (ت378هـ) وهو من فقهاء المالكيّة في القرن 4هـ وقد أخذ عن أئمّة المدرسة العراقيّة وعلى رأسهم الشّيخ أبو بكر الأبهري، وقد أفادنا بأصول مذهب الإمام مالك؛ فالأصول الخمسة الأولى: الكتاب والسّنّة، والإجماع والقياس، وإجماع أهل المدينة، ثمّ بيّن مسلكاً لمالك جرى عليه وهو العدول عن أصوله في بعض المسائل تعويلاً على ضرب من المصلحة، وهذا هو الاستحسان المصلحي، ثمّ بيّن أصلاً سابعاً وهو الحكم بالمصلحة[1].

الفرع الثّالث: الإحصاء الثّالث:

وهو للقاضي ابن العربي حينما قال: "فأصول الأحكام خمسة: منها أربعة متّفق عليها من الأمّة: الكتاب والسّنّة والإجماع والنّظر، والاجتهاد، فهذه الأربعة، والمصلحة، وهو الأصل الخامس الذي انفرد به مالك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ

1- الجبيري، التّوسّط بين مالك وابن القاسم، نقلاً من ملاحق مقدّمة ابن القصّار، تحقيق السليماني، ص212- 213.

دونهم، ولقد وفّق فيه من بينهم"[1].

ويلاحظ على إحصاء أبي بكر بن العربي أنّه عدّ المصلحة أصلاً مستقلاً في حين في الإحصاء الأوّل لم يذكر اكتفاءً بمطلق الاجتهاد والنّظر، كما يلاحظ عليه عدم ذكر العمل المدني ولعلّه اكتفى باندراجه في أصل السّنّة، لأنّ العمل المدنيّ النّقلي الذي يحتجّ به أكثر المالكيّة هو في الحقيقة من شعب الاحتجاج بالسّنّة.

كما أنّه لم يذكر الاستحسان لأنّه في أغلب معانيه عند مالك هو تخصيص للعام أو القياس بالمصلحة، كما فسّره ابن العربي نفسه، وعليه فإنّ الاكتفاء بالتّنصيص على المصلحة يغني عن ذكر الاستحسان إذ هو راجع إلى اعتبار المصلحة والتّعويل عليها.

كما يلاحظ على إحصاء ابن العربي أنّه أهمل بعض الأصول التي نصّ هو عليها بأنّها من أصول مالك في مواضع من كتبه؛ كسد الذّرائع مثلاً لاندراجه في مفهوم "النّظر والاجتهاد"[2].

الفرع الرّابع: الإحصاء الرّابع:

ذكر القاضي عياض في "ترتيب المدارك" ما ملخّصه أنّ أصول مالك أربعة: الكتاب والسّنّة، وعمل أهل المدينة، والقياس والاعتبار.

والذي يظهر من كلام القاضي عياض أنّه لم يقصد إلى حصر الأدلّة التي يرجع إليها مالك في اجتهاده وإنّما ذكر أبرز الأدلّة وأهمّها.

---

[1]- ابن العربي، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، 1/52.
[2]- ابن العربي، الأحكام، 2/278- 279.

وهذا الإحصاء أهمل ذكر الإجماع ولعلّه يرجع إلى أنّه كان مهتمّاً بذكر مراتب الأدلّة حال التّعارض، ومعلوم أنّ الإجماع إذا وقع سقط النّظر وارتفع الاجتهاد، وكان المقدّم والمعمول به بلا خلاف بين الأمّة[1].

الفرع الخامس: الإحصاء الخامس:

وهو إحصاء أبي محمد صالح (ت631) عالم فاس الشّهير وهو من مالكيّة المغرب، قال أبو الحسن الصّغير: "...ذكر الفقيه راشد عن شيخه أبي محمّد صالح أنّه قال: "الأدلّة التي بنى عليها مالك مذهبه ستّة عشر: نصّ الكتاب، وظاهر الكتاب، وهو العموم، ودليل الكتاب وهو مفهوم المخالفة، ومفهوم الكتاب وهو مفهوم الأولى، وتنبيه الكتاب وهو التّنبيه على العلّة...ومن السّنّة أيضاً مثل هذه الخمسة، فهذه عشرة، والحادي عشر الإجماع، والثّاني عشر القياس، والثّالث عشر عمل أهل المدينة، والخامس عشر الاستحسان، والسّادس عشر الحكم بسدّ الذّرائع، واختلف قوله في السّابع عشر وهو مراعاة الخلاف، فمرّة يقول يراعيه، ومرّة لا يراعيه"[2].

فقد بلغ بها سبعة عشر أصلاً فهذا الإحصاء من أوفى الإحصاءات وأجمعها، ويلاحظ عليه الخلط بين الأصل باعتباره مصدراً تشريعيّاً وبين طرق الدّلالة على الحكم من ألفاظ الشّارع، فالنّصّ والظّاهر ومفهوم الموافقة وتنبيه الخطاب...هي طرق للدّلالة على الأحكام من ألفاظ الشّارع وليست

[1]- حاتم باي، الأصول الاجتهاديّة، ص30.

[2]- النّفراوي، الفواكه الدّواني، 1/23، الحجوي، الفكر السّامي، 1/455.

أدلّة تشريعيّة بحيث تكون قسيمة للقياس والاستحسان وغيرها؛ فهي لا تعدو كونها مسالك بيانيّة لخطاب الشّارع.

على أنّه قد وقع في تفسير بعض المصطلحات الواردة في كلام أبي محمّد صالح خلاف ما هو معلوم في اصطلاح الأصوليين، فتفسير الظّاهر بأنّه العموم وتفسير المفهوم بأنّه مفهوم الأولى هو على غير المشهور في اصطلاح أهل الأصول[1].

الفرع السّادس: الإحصاء السّادس:

وهو إحصاء ابن الحاج في كتابه "المدخل" حيث يقول:"مذهب مالك –رحمه الله– مبنيّ على أربعة قواعد: القاعدة الأولى: آية محكمة، القاعدة الثّانية: حديث صحيح عن رسول الله ﷺ من غير ناسخ ولا معارض، والقاعدة الثّالثة: إجماع أهل المدينة، والقاعدة الرّابعة: إجماع أكثرهم بعد اختلافهم ومناظرتهم"[2].

فأصول مالك كما يظهر من نصّ ابن الحاج أربعة:

الأوّل: كتاب الله، والثّاني: سنّة رسوله ﷺ، والثّالث: إجماع أهل المدينة، والرّابع: الإجماع، إلاّ أنّ تفسير الإجماع في كلام ابن الحاج تفسير غريب، إذ من شرط الإجماع أن يُجمع كلّ المجتهدين لا أكثرهم.

وللشّيخ علّيش إحصاءٌ مشابه لإحصاء ابن الحاج، قال علّيش:"وقد بنى

1– ينظر في تفسير هذه المصطلحات، القرافي، شرح تنقيح الفصول، 37– 35.
2– ابن الحاج، المدخل، 1/90.

مالك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مذهبه على أربعة أشياء: الأوّل: آية قرآنية، والثّاني: حديث صحيح سالم من المعارضة، والثّالث: إجماع أهل المدينة، والرّابع: اتّفاق جمهورهم"[1].

وبناءً على هذا فالذي يبدو أنّ أدقّ إحصاء لأصول المالكيّة هو ما قام به بعض المتأخّرين[2] ممّن وضعوا أصول المالكيّة بمؤلّفات خاصة جمعوا فيها أصول المذهب بعد استقراء ومقارنة بين مختلف الأقوال في عدّ هذه الأصول.

ومن هؤلاء ابن أبي كُفّ في نظمه لأصول المالكيّة في تسعة وعشرين بيتاً، وقد شرحها محمّد بن محمّد المختار بن طالب بن عبد الله الولاّتي الشّنقيطي، بشرح سمّاه السّالك في أصول الإمام مالك، وقد طُبع بتونس سنة 1346هـ.

والشيخ حسن المشّاط في كتاب سمّاه "الجواهر الثّمينة في أدلّة عالم المدينة" وقد طبع بتحقيق الدّكتور عبد الوهاب أبو سليمان.

وقد عدّ هؤلاء أصول المذهب المالكي كما يلي: الكتاب والسنة والإجماع والقياس وعمل أهل المدينة وقول الصّحابي والاستحسان والمصالح المرسلة والاستصحاب وسدّ الذّرائع والعرف والعوائد ومراعاة الخلاف[3].

---

[1]- عليش، فتح العلي المالك، 1/90.

[2]- يطلق هذا المصطلح على ابن أبي زيد القيرواني ومن أتى بعده من علماء المالكيّة حيث إنّه –رحمه الله– أوّل طبقات المتأخّرين، انظر: الفتح المبين في تعريف مصطلحات الفقهاء والأصوليين، ص110.

[3]- عبد الله محمد زغدود، الاتّجاه المقاصدي عند المالكيّة من خلال المدوّنة الكبرى، ص82.

المطلب الثالث: أنواع أصول مذهب المالكيّة وخصائصها

الفرع الأوّل: أنواع أصول مذهب المالكيّة:

إنّ النّظر في طبيعة الأصول التي بني عليها المذهب المالكي يقضي إلى تقسيمها قسمين من حيث ارتكازها في حقيقتها على الرّأي والنّظر أو النّقل والسّمع، فالقسم الأوّل: هي الأصول السّمعيّة النّقليّة والقسم الثّاني هي الأصول النّظريّة الاجتهاديّة.

أوّلاً: الأصول النّقليّة:

فالأصول السّمعيّة: هي الأصول التي مرجعها في الأصالة إلى النّقل عن الشّارع، ويندرج في سلك الأصول النّقلية: الكتاب والسنة، ويلتحق بها من الأصول: الإجماع وقول الصّحابي وشرع من قبلنا، وعمل أهل المدينة.

والأصول النّظريّة الاجتهادية عند المالكيّة هي: القياس، والاستدلال المرسل، والاستحسان، وسدّ الذّرائع، ومراعاة الخلاف، والاستصحاب.

وإذا نظرنا إلى الأدلّة النّظريّة الاجتهاديّة وجدناها آيلة في الاعتبار إلى الأدلّة السّمعيّة النّقليّة، ذلك أنّ شرعيّة الأصول الاجتهاديّة في الاحتجاج إنّما استمدّت من الأدلّة السّمعيّة النّقليّة، كالقياس المعتبر، والمصالح المرسلة، والاستحسان...يقول الشّاطبيّ:"الأدلّة الشّرعيّة في أصلها محصورةٌ في الضّرب الأوّل وهو الأدلّة النّقلية السّمعيّة لأنّا لم نثبت الضّرب الثّاني بالعقل، وإنّما أثبتناه بالأوّل؛ إذ منه قامت أدلّة صحّة الاعتماد عليه، وإذ كان كذلك

فالأوّل هو العمدة..."[1].

والأصول التقلية كذلك مفتقرةٌ إلى النّظر والاجتهاد لأنّ الاستدلال بالمنقولات لابدّ فيه من النّظر وإعمال الاجتهاد[2].

فالأصول النّقلية للمذهب المالكي ستّة: الكتاب والسنّة والإجماع وعمل أهل المدينة وشرع من قبلنا ومذهب الصّحابي.

1- القرآن الكريم:

يلتقي الإمام مالك مع جميع الأئمة المسلمين في كون كتاب الله عز وجل هو أصل الأصول، ولا أحد أنزع منه إليه، يستدل بنصه، وبظاهره ويعتبر السنة تبيانا له.

2- السنة النبوية:

أما السنة ومفهومها عند الإمام مالك فطبيعي أن يسير في فهمها على ما سار عليه السلف وعامة المحدثين الذين كان من أئمتهم وأقطابهم، غير أنه ربما عمم في السنة لتشمل ما يعرف عند علماء الحديث بالمأثور. وهو بهذا المعنى يعطي لعمل أهل المدينة وإجماعهم مكانة خاصة، ويجعل من قبيل السنة كذلك فتاوى الصحابة، وفتاوى كبار التابعين الآخذين عنهم، كسعيد ابن المسيب، ومحمد بن شهاب الزهري، ونافع، ومن في طبقتهم ومرتبتهم العلمية، كبقية الفقهاء السبعة.

---

[1]- الشّاطبي، الموافقات،3/41.

[2]- المصدر نفسه.

3- عمل أهل المدينة :

وهو من الأصول التي انفرد بها مالك واعتبرها من مصادر فقه الأحكام والفتاوى. وقسم الإمام الباجي عمل المدينة إلى قسمين: قسم طريقه النقل الذي يحمل معنى التواتر كمسألة الأذان، ومسألة الصاع، وترك إخراج الزكاة من الخضروات، وغير ذلك من المسائل التي طريقها النقل واتصل العمل بها في المدينة على وجه لا يخفى مثله، ونقل نقلا يحج ويقطع العذر. وقسم نقل من طريق الآحاد، أو ما أدركوه بالاستنباط والاجتهاد، وهذا لا فرق فيه بين علماء المدينة، وعلماء غيرهم من أن المصير منه إلى ما عضده الدليل والترجيح. ولذلك خالف مالك في مسائل عدة أقوال أهل المدينة.

4- الإجماع:

لعل مالكا أكثر الأئمة الأربعة ذكرا للإجماع واحتجاجا به، والموطأ خير شاهد على ذلك. أما مدلول كلمة الإجماع عنده فقد قال: "وما كان فيه الأمر المجتمع عليه فهو ما اجتمع عليه أهل الفقه والعلم ولم يختلفوا فيه"[1].

5- شرع من قبلنا:

فهو عند المالكيّة شرع لنا ما لم يرد في شرعنا ما يعارضه، ولأنّ الحكم به من قبيل الحكم بالكتاب والسّنّة؛ إذ هما مصدرا شرع من قبلنا، وليس المراد به ما يذكره أهل الكتاب من شرائعهم أو ما نجده في كتبهم لتهمة التّحريف والتّبديل، والمالكيّة إذا جاؤوا في الاستدلال على حجّيّة دليل شرع من قبلنا

1- القاضي عياض، ترتيب المدارك، 34/2.

قالوا: إنّ الشّارع لمّا ذكر ما كان عليه شرع من قبلنا كان على جهة التّأسّي بهم، والأخذ بها شرع الله لهم، إن لم يرد في شرعنا ما يعارضه أو يثبته.

6- مذهب الصّحابي:

وهو قول الصّحابيّ الذي لا يعلم له مخالف من الصّحابة وقد اختلف المالكيّة هل هو أصل يحتجّ به عند مالك أو لا؟

أ-قول الصّحابيّ ليس بحجّة مطلقاً؛ كغيره من المجتهدين وإليه ذهب القاضي عبد الوهّاب، وأبو الوليد الباجي[1].

ب-قول الصّحابيّ حجّة مطلقاً عزاه ابن أبي زيد القيرواني إلى مالك، والقرافي أيضاً[2].

ج-قول الصّحابي حجّة إذا كان لا يقتضيه القياس، وقد عزاه أبو بكر ابن العربي لمالك، قال رحمه الله: "الصّاحب إذا قال قولاً لا يقتضيه القياس فإنّه محمول على المسند إلى النّبيّ ﷺ ومذهب مالك فيه أنّه كالمسند"[3].

وهو الذي ارتضاه شيخ المالكيّة في المغرب الإسلامي في زمانه العلاّمة محمد الطّاهر ابن عاشور حينما قال: "والذي يخلص لي من مذهب مالك -رحمه الله- أنّه لا يرى قول الصّحابيّ حجّة إلاّ فيما لا يقال من قبل الرّأي، لما تقرّر أنّ له حكم الرّفع"[4].

1- الباجي، إحكام الفصول، فقرة 446.

2- القرافي، نفائس الأصول، 6/2842.

3- ابن العربي، القبس، 1/124.

4- ابن عاشور، حاشية التّوضيح والتّصحيح، 2/219.

ثانياً: الأصول الاجتهاديّة:

وأمّا الأصول الاجتهاديّة للمذهب المالكيّ فتتمثّل في: القياس، والمصالح المرسلة، والاستحسان، وسدّ الذّرائع، ومراعاة الخلاف، والاستصحاب.

وقد كان للإمام مالك منهج اجتهادي متميز يختلف عن منهج الفقهاء الآخرين، وهو وإن كان يمثل مدرسة الحديث في المدينة ويقود تيارها، فقد كان يأخذ بالرأي ويعتمد عليه، وأحيانا توسع في الرأي أكثر ما توسع فيه فقهاء الرأي في العراق، كاستعماله الرأي والقياس فيما اتضح معناه من الحدود والكفارات مما لم يقل به علماء المذهب الحنفي. ومن الأصول العقلية المعتمدة في المذهب المالكي:

1- **القياس:**

يعتبر القياس على الأحكام الواردة في الكتاب المحكم والسنة المعمول بها، طبقا للمنهج الذي قاس عليه علماء التابعين من قبله.

2- **الاستحسان:**

لقد اشتهر على ألسنة فقهاء المذهب المالكي قولهم: "ترك القياس والأخذ بما هو أرفق بالناس" إشارة إلى أصل الاستحسان؛ لأن الاستحسان في المذهب المالكي كان لدفع الحرج الناشئ من اطراد القياس، أي أن معنى الاستحسان طلب الأحسن للاتباع.

3- **المصالح المرسلة:**

من أصول مذهب مالك المصالح المرسلة، ومن شرطها ألا تعارض نصا. فالمصالح المرسلة التي لا بد أن تشهد لها أصول عامة وقواعد كلية منثورة

ضمن الشريعة، بحيث تمثل هذه المصلحة الخاصة واحدة من جزئيات هذه الأصول والقواعد العامة.

4- **سد الذرائع**:

هذا أصل من الأصول التي أكثر مالك الاعتماد عليه في اجتهاده الفقهي، ومعناه المنع من الذرائع أي المسألة التي ظاهرها الإباحة ويتوصل بها إلى فعل ممنوع، أي أن حقيقة سد الذرائع التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة..

5- **العرف والعادة**:

إن العرف أصل من أصول الاستنباط عند مالك، وقد انبنت عليه أحكام كثيرة؛ لأنه في كثير من الأحيان يتفق مع المصلحة، والمصلحة أصل بلا نزاع في المذهب المالكي.

6- **الاستصحاب**:

كان مالك يأخذ بالاستصحاب كحجة، و مؤدى هذا الأصل هو بقاء الحال على ما كان حتى يقوم دليل يغيرها.

7- **قاعدة مراعاة الخلاف**:

من بين الأصول التي اختلف المالكية بشأنها "قاعدة مراعاة الخلاف"، فمنهم من عدها من الأصول ومنهم من أنكرها. ومعناها "إعمال دليل في لازم مدلول الذي أعمل في نقيضه دليل آخر.

ومثاله: إعمال المجتهد دليل خصمه القائل بعدم فسخ نكاح الشغار في لازم مدلوله الذي هو ثبوت الإرث بين الزوجين المتزوجين بالشغار فيما إذا مات أحدهما. فالمدلول هو عدم الفسخ وأعمل مالك في نقيضه وهو الفسخ

دليلا آخر، فمذهب مالك وجوب الفسخ وثبوت الإرث إذا مات أحدهم.

8- النّظر المقاصدي:

إن الإمام مالكا عندما يطلق الرأي يعني به فقهه الذي يكون بعضه رأيا اختاره من مجموع آراء التابعين، وبعضه رأيا قد قاسه على ما علم، ومن ثم فإن باب أصول فقه الرأي عنده هو ما عليه أهل المدينة وعلم الصحابة والتابعين. ويمكن تلخيص ذلك في قاعدة جلب المصالح ودرء المفاسد التي عليها مدار مقاصد الشريعة الإسلامية، فهذا هو أساس الرأي عنده مهما تعددت ضروبه واختلفت أسماؤه. إن أخص ما ميز فقه مالك هو رعاية المصلحة واعتبارها، لهذا فهي عمدة فقه الرأي عنده اتخذها أصلا للاستنباط مستقلا[1].

ملاحظة: أمّا العرف فقد عدّه الشيخ المشّاط من جملة الأصول التّشريعيّة في المذهب في حين نجد غالب من أحصى أصول مالك وعدّدها لم يجعل العرف أصلاً تشريعيّاً، والذي يظهر أنّ اعتبار العرف أصلاً تشريعيّاً ليس سديداً في النّظر ولا قوياً في الاعتبار وذلك لأنّ العرف يقسّمه العلماء قسمين: الأوّل: تشريعي، والثّاني: بياني[2].

أمّا العرف التّشريعي الذي ادّعي بأنّه مدرك في شرع الأحكام فليس هو المدرك الحقيقي؛ بل هو الأصول الشّرعية المصلحيّة التي تشهد لهذا العرف بالاعتبار، فالعرف المعتبر في التّشريع إنّما هو العرف الذي يرتكز على المصلحة التي شهدت لها قواعد الشّرع بالاعتبار؛ كأصل رفع الحرج، وأصل نفي الضّرر،

1- محمد عبد الله زغدود، الاتّجاه المقاصدي عند المالكيّة من خلال المدوّنة الكبرى، ص56.

2- فتحي الدّريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرّأي، ص454.

وأصل التّوسعة العامة، وليس كلّ عرف يُعتدّ به، وإلاّ كان ذلك خروجاً إلى أن تجعل عادات النّاس وأعرافهم الصّرفة مصدراً للتّشريع، وذلك باطلٌ لأنّ من شرط اعتبار الدّليل دليلاً تشريعيّاً رجوعه إلى الشّرع، وصدوره عنه.

وارتباط العرف بالمصلحة كان من جهة أنّ النّاس إنّما يتعارفون فيما بينهم على ما يعود عليهم بالصّلاح في معاملاتهم وتصرّفاتهم، فالعرف في الحقيقة يعدّ كاشفاً لكون المصلحة مصلحةً حاجية عامة، إذ جريان العرف بمصلحة معتبرة يدلّ في الأصل على أنّ بالنّاس حاجة إليها، فثبت بذلك وصف "الحاجية" ووصف "العموميّة" في المصلحة، والنّاس مخلّون وأعرافهم، وليس يتعرّض لهم فيها، إلاّ حيث وجد العرف الذي جروا عليه مخالفاً للشّرع.

قال الشّيخ محمّد الخضر حسين: "وسمّى بعض الفقهاء العرف دليلاً شرعيّاً، والدّليل الشّرعيّ هو نصّ الشّارع على الحكم، وليس العرف نصّاً للشّارع، ولكن سمّاه بعض الفقهاء دليلاً نظراً إلى جريانه بالمصلحة، وجريانه بالمصلحة دليل على إذن الشّارع فيه"[1].

وعليه فإنّ ما يعرف بالعرف التّشريعي هو آيل إلى المصلحة أمّا العرف البياني وهو غالب ما يتناوله العلماء في بحثهم للعرف فليس من مصادر التّشريع البتّة، لأنّ العرف البيانيّ هو العرف التّفسيري لتصرّفات المكلّفين وأقوالهم تقييداً وتخصيصاً، ولا تعلّق لذلك بالتّشريع"[2].

ويدخل العرف كذلك في الالتزامات بين النّاس كالشّروط التي جرى بها

---

[1]- محمّد الخضر حسين، دراسات في الشّريعة الإسلاميّة، ص35.

[2]- عبد الوهّاب خلاّف، مصادر التّشريع الإسلامي فيما لا نصّ فيه، ص149.

العرف.

الفرع الثّاني: خصائص أصول مذهب المالكيّة:

الخصيصة الأولى: كثرة أصول المذهب.

من أهمّ خصائص مذهب مالك أنّه أكثر المذاهب المتّبعة أصولاً وأوفرها أدلّةً سواءً النّقليّة منها أو الاجتهاديّة، فقد تمسّك المالكيّة بأصول لم يقل بها غيرهم، وقرّروا أصولاً نفاها غيرهم.

يقول أبو زهرة: "...فإنّه –المذهب المالكي- أكثر المذاهب أصولاً حتّى إنّ علماء من المذهب المالكي يحاولون الدّفاع عن هذه الكثرة...تلك الكثرة من حسنات المذهب المالكي يجب أن يفاخر بها المالكيّون لا أن يحمّلوا أنفسهم مؤونة الدّفاع... "[1].

الخصيصة الثّاني: انفراد مالك ببعض الأصول.

لمالك رحمه الله أصولاً انفرد بها واحتفى بها من ذلك عمل أهل المدينة، المصلحة المرسلة، سدّ الذّرائع، قال ابن العربي:"زاد مالك في الأصول مراعاة الشّبهة وهي التي يسمّيها أصحابنا الذّرائع...والمصلحة...ولم يساعده على هذين الأصلين أحد من العلماء، وهو في القول بهما أقوم قيلا وأهدى سبيلا"[2].

ومنها أيضاً مراعاة الخلاف ومعناه إعمال المجتهد لدليل المخالف في بعض ما دلّ عليه في حالة بعد الوقوع لترجيحه على دليل الأصل، وكذا قاعدة ما

[1]- أبو زهرة، مالك، ص358.

[2]- ابن العربي، القبس، 2/775.

جرى به العمل.

الخصيصة الثّالثة: قرب أصول مالك من أصول أهل المدينة[1].

فمذهب مالك ما هو إلاّ استمرار وامتداد لمذهب أهل المدينة، فقد كان من مذهبه اتّباع من قبله من أهل العلم، واقتداؤه بأهل الفضل منهم، والسّير على منهجهم في الاستدلال والاستنباط، فهو وارث علم أهل المدينة، قال الشّاطبيّ -عن مالك-: " هو الذي رضي لنفسه في فقهه الاتّباع، بحيث يخيّل لبعض أنّه مقلّد لمن قبله"[2].

وقد عُرف فقهاء المدينة بأنّهم أثبت أهل الأمصار في الفقه، وأشدّهم تمسّكاً بالنّصوص والآثار، فقد استوطنوا المدينة مدّة طويلة واطّلعوا فيها على أسرار نصوص الوحي ومقاصده بالإضافة إلى تمكّنهم من اللّغة العربية إذ هي مفتاح الولوج إلى المقاصد بالدّرجة الأولى.

الخصيصة الرّابعة: الجمع بين أصول أهل الرّأي وأصول أهل الحديث.

ويتمثّل ذلك في كتاب الموطأ الذي هو كتاب حديث وأثر وأمّا الرّأي ففي تنوّع وكثرة الأدلّة العقليّة التي جعلها أصولاً لفقهه، حتّى تكاد تصنّفه من أهل الرّأي، كما صنع ابن قتيبة في كتاب "المعارف"[3].

وقد نهج الإمام مالك نهج فقهاء المدينة في الفتوى وهم بدورهم نهجوا سنّة أصحاب رسول الله ﷺ حيث كانوا يلجؤون عند نزول النّازلة إلى

---

[1]- انظر بهذا الخصوص، نظرية المقاصد عند الإمام الشّاطبي للريسوني، ص50- 54.

[2]- الشّاطبي، الاعتصام، 2/54.

[3]- ابن قتيبة، المعارف، ص179، وأبو زهرة، مالك، ص6- 7.

كتاب الله تعالى، فإن لم يجدوا لجؤوا إلى سنة رسول الله ﷺ فإن لم يجدوا رجعوا إلى إجماع علماء الأمّة، وإلاّ فقضاء الخلفاء الرّاشدين، وبعدها إلى الاعتبار والنّظر والاجتهاد[1].

وفي هذا السياق يقول ابن رشد: "فرحم الله تعالى مالك بن أنس؛ فإنّه كان أمير المؤمنين في الرّأي والآثار وأعرف النّاس بالقياس، وذلك فضل الله يؤتيه من يشاء"[2].

وهذا الاجتهاد بالرّأي هو الذي سنّه عمر بن الخطّاب رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ عندما ظهرت في زمنه بعض المشكلات التي حدثت بسبب اتّساع رقعة الدّولة الإسلاميّة فأعمل عقله واجتهد برأيه مستندا في ذلك كلّه إلى نصوص الشّرع ومقاصده.

الخصيصة الخامسة: نشوء أصول المذهب المالكي في بيئة لا بدعة فيها.

إنّ صفاء المدينة المنوّرة إلى زمن الإمام مالك –رحمه الله– كان له تأثير في صناعة أصول فقهيّة خالية من الابتداع في دين الله الذي يضاد مقاصد الشّرع، وقد كتب شيخ الإسلام ابن تيمية يصف الأوضاع المزريّة التي آل إليها حال الأمّة في زمن أصبحت فيه كقطع اللّيل المظلم؛ حيث الفتن والحروب والنّزعات السياسية، وظهور البدع والفرق في العراق والشّام؛ أمّا المدينة فقد صفا جوّها من كلّ نزاع، ونعم أهلها بالاستقرار وهدوء الحال، وحافظت على الطّابع الدّيني الصّافي البعيد، والهوى المناقضين لمقاصد الشّرع، قال –رحمه الله–: "فأمّا الأعصار الثّلاثة المفضّلة فلم تكن فيها

---

[1]– محمد عبد الله زغدود، الاتّجاه المقاصدي عند المالكية من خلال المدونة الكبرى، ص108.

[2]– ابن رشد، المقدّمات والممهّدات، 3/219.

بالمدينة النّبويّة بدعة ظاهرة البتّة، ولا خرج منها بدعة في أصول الدّين البتة كما خرج من سائر الأمصار...وأمّا المدينة فكانت سالمة من ظهور البدع وإن كان بها من هو مضمر"[1].

وبهذا يتّضح لنا مدى صفاء ونقاء البيئة التي نشأت فيها أصول المذهب المالكي، وإنّ أحسن تصوير لسلامة أصول المذهب ما جاء في خطاب الحاكم المستنصر، وهو يوجّه رعيّته إلى التّمسك بمذهب مالك في هذه النّاحية، وهو يقول: "فقد نظرت في أقاويل الفقهاء ورأيت ما صنّف في أخبارهم إلى يومنا هذا فلم أر مذهباً أنقى ولا أبعد من الزّيغ من مذهبه –أي مالك– وجلّ من يعتقد مذهباً من مذاهب الفقهاء فإن فيهم الجهمي والرّافضي والخارجي إلاّ مذهب مالك فإنّي ما سمعت أنّ أحداً تقلّد مذهبه قال بشيء من هذه البدع، فالاستمساك به نجاة إن شاء الله"[2].

الخصيصة السّادسة: البعد عن الفقه الافتراضي.

وقد كان مالك –رحمه الله– لا يجيب إلاّ عن المسائل الواقعة، فلا يجيب عن المسائل التي لم تقع وإن كانت متوقّعة، خلافاً لأبي حنيفة –رحمه الله– وأصحابه[3].

وهكذا يؤصّل الإمام مالك رحمه الله لخاصية من خصائص أصول المذهب المالكي إنّها خاصية الواقعيّة في مختلف الأبواب الفقهيّة بما حوته من

[1]– ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 10/166– 167..

[2]– أحمد بن يحيى الونشريسي، المعيار المعرب، 2/333.

[3]– محمد عبد الله زغدود، الاتجاه المقاصدي عند المالكيّة من خلال المدوّنة الكبرى، ص137.

فروع ونوازل، وهذا المنهج ورثه عن الصّحابة –رضي الله عنهم– حيث كان الفقه في عصرهم يتميّز بأنّه فقه واقعي لا افتراضي، وذلك لغلبة الورع عليهم وشدّة تحرّزهم من الخطأ، ولأنّهم يرون أنّ فرض الصّور والمسائل واستنباط الأحكام لها مجرّد تمحّل وتكلّف[1].

الخصيصة السّابعة: مركزيّة المصلحة في الأصول الاجتهاديّة في المذهب المالكي.

فغالب الأصول الاجتهادية التي اعتمد عليها أئمّة المذهب المالكي في منهجهم الاجتهادي والفقهي من قياس ومصلحة واستحسان وعرف ومراعاة الخلاف وسدّ الذّرائع حائم حول مراعاة الموازنة بين المصالح والمفاسد، والالتفات إلى النّيات والمقاصد، يقول أبو زهرة: "إنّ أصل المصالح الذي أخذ به مالك، وسيطر على أكثر فقه الرّأي عنده، حتّى أصبح ذلك الأصل عنوانه وميسمه الذي اتّسم به... وإنّك لو فتّشت فروع ذلك المذهب...لوجدت أنّ المصلحة كانت هي الحكم المرضيَ الحكومة في كلّ هذه الفروع، سواءً ألبست المصلحة لبوس القياس وحملت اسمه، أم ظهرت في ثوب الاستحسان وحملت عنوانه، أم كانت مصلحةً مرسلةً لا تحمل إلاّ اسمَها ولا تأخذ غير عنوانها..."[2].

---

[1]– أبو زهرة، تاريخ المذاهب الإسلامية، ص396، محمد حامد حسان، أصول الفقه، ص269.
[2]– أبو زهرة، مالك، 359.

المطلب الرّابع: تاريخ تدوين أصول المذهب المالكي

مرّ تدوين أصول الفقه في المذهب المالكي بثلاثة أدوار رئيسة نذكرها على سبيل الاختصار في الفروع الثّلاثة التّالية:

الفرع الأوّل: الدّور الأوّل دور الوجود الواقعي للأصول.

ويتمثّل في عهد مالك –رحمه الله– وتلاميذه فمالك لم يصنّف في علم أصول الفقه كتاباً مفرداً، ولم يخصّه بتدوين شأن من كان قبله من الفقهاء؛ إذ من المشهور والمعلوم أنّ الشّافعيّ تلميذه هو الذي كتب أوّل مؤلّف في ذلك وهو "الرّسالة" بل كان مالك وغيره من أهل العلم قبل الشّافعي يصدرون في تفريعاتهم واجتهاداتهم عن أصول مرتكزة في ملكاتهم التي نمت بالممارسة الاجتهاديّة التّطبيقيّة؛ إذ لا يتصوّر اجتهاد ولا فقه من غير استناد إلى منطق اجتهاديّ وتأصيل منهجيّ، لتكون عمليّة التّفريع والاجتهاد عمليّةً جاريةً على وفق قانون مستقرّ منضبط، وإلاّ فإنّ الفقه يصير إلى ضرب من الفوضى وعدم الوضوح في دلائله وتأصيلاته[1].

ولا يلزم ذلك أنّ مالكاً أعرض إعراضاً كلّياً عن بيان أصوله أو تدوين شيء منها أو أنّه لم يفصح إمّا تصريحاً أو تعريضاً لشيء من قواعده في الاجتهاد، فقد كانت له رسالة بعث بها إلى الليث بن سعد يقرّر فيها أنّ عمل أهل المدينة حجّة لازمة، ومن تتبّع الموطّأ لمالك وأنعم النّظر فيه وجد إشارات لبعض الأصول التي بنى مالك عليها فروعه الفقهيّة.

---

[1]– عمر الجيدي، محاضرات في تاريخ المذهب المالكي في المغرب الإسلامي، ص59.

وأمّا تلاميذ مالك فأقصى ما نجد عندهم في مسألة تدوين أصول المذهب هو كثرة التّخريج على قواعد مالك –رحمه الله- ونجد في الفروع الفقهيّة التي نصّوا عليها ما يوضّح بعض الأصول الفقهيّة في المذهب[1].

الفرع الثّاني: الدّور الثّاني دور التّدوين والتّقعيد.

وتحدّد هذه المرحلة من عهد تلامذة تلاميذ الإمام مالك إلى نهاية القرن الخامس الهجري، وتحديد هذا الدّور بنهاية القرن الخامس نظراً إلى اضمحلال المدرسة المالكيّة العراقية لأنّ لها شأن كبير في تدوين أصول المالكيّة وتصنيفها.

ففي هذه المرحلة بدأ بروز وظهور كتب في الرّدّ على المخالفين وخاصّة الإمام الشّافعي والعراقيين، فالشّافعي –رحمه الله- صنّف كتاب "اختلاف مالك والشّافعي"، وكان له أثر في إثارة حفيظة المالكيين فدفعهم ذلك إلى الرّدّ عليه والحجاج عن مذهب إمامهم، كما أنّ العراقيين كانوا من السّبّاقين إلى الرّدّ عن المالكيّة فيما يخصّ "العمل المدني" الذي يتميّز به المالكيّة، وفي طليعة العراقيين "محمّد بن الحسن الشّيباني" حيث صنّف كتاباً سمّاه "الحجّة على أهل المدينة"، وجاء ردّ المالكيّين وفي طليعتهم "محمّد بن سحنون (ت256هـ) فقد ألّف كتاباً في الرّدّ على الشّافعيّ وعلى أهل العراق[2].

ولأهل القيروان ردود على الشّافعي والعراقيين ككتاب "الرّد على الشّافعي" لأبي بكر بن اللّبّاد (333هـ)، ونلحظ هنا أنّ المالكيين في القيروان

---

[1]- عمر الجيدي، محاضرات في تاريخ المذهب المالكي في المغرب الإسلامي، ص59.

[2]- القاضي عياض، ترتيب المدارك، 106/1.

في القرن 3هـ عُنوا بالرّدّ على المخالفين من العراقيين والشّافعي، لأنّ مذهب أبي حنيفة كان مزاحماً لهم بإفريقيّة، بل كان هو السّابق والأكثر أتباعاً في بداية الأمر[1].

وردّهم على الشّافعي لأنّ بعضاً من أهل المغرب رحل إلى المشرق وأخذ بمذهب الشّافعي ودخل بعدها إلى المغرب وبدأ في نشر آراء وكتب الشّافعي، وتتابع أعلام المالكيّة في الرّدّ على تلامذة الشّافعي كالمزني فممّن صنّف في الرّدّ عليه: إسماعيل بن إسحاق القاضي (ت282هـ) وبكر بن العلاء (ت344هـ) وأبو بكر الأبهري (ت375هـ) والقاضي عبد الوهّاب بن نصر البغدادي (ت422هـ)[2].

وقد كان لهذه الكتب أثر في تجلية أصول مذهب الإمام مالك –رحمه الله- كونها كتباً سلك فيها مؤلّفوها مسلك الحجاج والتّدليل وتقرير أدلّة المذهب، فاكتسب الفقه المالكي بعدها بُعداً تدليليّاً كان غائباً عنه.

وسبب أسبقية المدرسة المالكيّة في العراق في التّصنيف الأصولي لفقه مالك:

1- أنّ مالكيّة العراق كانوا في بيئة تزخر بكثرة المذاهب الفقهيّة، فخلق جوّاً من التّنافس.

1- يقول القاضي عياض: "وأمّا إفريقيّة وما وراءها من المغرب فقد كان الغالب عليها في القديم مذهب الكوفيين إلى أن دخل علي بن زياد وابن أشرس والبهلول بن راشد وبعدهم أسد بن الفرات وغيرهم بمذهب مالك فأخذ به كثير من النّاس..." ترتيب المدارك، 182/2.

2- المصدر نفسه.

2- أنّ المجتمع العراقيّ إذ ذاك كان مجتمعاً حضريّاً بحكم احتكاكه بغيره من الحضارات والمجتمعات؛ بل كان مهد الحضارات الكثيرة، وهذا ما ولّد روح الحجاج والمناظرة والمحاورة، ومجانبة التّقليد والاتّباع.

ومن أهمّ المصنّفات المالكيّة في هذه الفترة:

-كتاب "اللّمع في أصول الفقه" لأبي الفرج المالكي (ت331هـ).

-كتاب "الجامع لأصول الفقه" لابن خويز منداد.

-كتاب "التّقريب والإرشاد" لأبي بكر الباقلاّني (403هـ).

-كتاب "الإفادة في أصول الفقه" للقاضي عبد الوهّاب بن نصر البغدادي (ت422هـ).

إضافة إلى بعض المصنّفات التي أفردت بعض المسائل بالبحث على غرار كتاب "عمل أهل المدينة" لغير واحد من أعلام المذهب، وكتب الخلافيات التي تعدّ أرضيّةً خصبةً لوجود قواعد أصوليّة لمذهب المالكيّة كثيرة لكونها مبنيّة على الحجاج والاحتجاج، من ذلك كتاب:"عيون الأدلّة في مسائل الخلاف" لابن القصّار (ت397هـ).

ومن مميّزات مصنّفات هذه المرحلة[1]:

1- تحرير مذهب مالك والاستدلال له في بعض الأحيان.

2- تميّزت مصنّفات العراقيين بنوع من التّحرّر عن مذهب مالك.

---

[1]- حاتم باي، التّحقيق في مسائل أصول الفقه التي اختلف النّقل فيها عن الإمام مالك بن أنس، ص30- 36.

3- تناول مصنّفات هذه المرحلة لبعض المسالك الأصوليّة التي لا نصّ فيها لمـالك.

الفرع الثّالث: الدّور الثّالث دور شيوع الحواشي والمختصرات.

ويبدأ هذا الدّور من القرن السّادس وما بعده، وفي هذه المرحلة بدأ يغيب البعد التّدليلي عن المؤلّفات والمصنّفات في أصول الفقه المـالكي والذي كانت قد عرفت به المدرسة المـالكية في العراق، إلاّ ما كان من بعض الأئمّة المـالكيين الذين تأثّروا بطريقة التّدوين العراقيّة ومن هؤلاء الإمام المـازَري (ت536هـ) الذي شرح كتاب "البرهان" لإمام الحرمين الجويني الشّافعي شرحاً بلغ فيه الغاية تحقيقاً وتحريراً، وتتّصف مؤلّفاته الفقهيّة بالاستدلال والتّأصيل على الطّريقة العراقيّة، كما هو واضح أيضاً في شرحه لـ كتاب "التّلقين" للقاضي عبد الوهاب البغدادي المـالكي، وقريب منه الإمام ابن العربي المعافري الذي كانت له رحلة إلى المشرق فتأثّر بمنهج التّأصيل والتّدليل الذي لم يكن معروفاً عند الفقهاء في المغرب الإسلامي، ولابن العربي من المؤلّفات في الأصول ممّا وصل إلينا كتاب "المحصول في الأصول" وكذا إشارات وتحقيقات أصوليّة في كتابه "القبس شرح موطأ مالك بن أنس" وكتابه "أحكام القرآن" وغيرها من المصنّفات النّفيسة.

وفي أواخر القرن 6هـ وبداية القرن 7هـ برز الإمام الأبياري (ت616هـ) وقد شرح كتاب "البرهان" للجويني سمّاه "التّحقيق والبيان في شرح البرهان"، وقد شاع في القرن 7هـ المختصرات في كلّ العلوم وكان علم

الأصول منها، وذلك بقصد التّقريب والتّيسير[1].

وأبرز التّآليف المختصرة في الأصول لدى المالكيّة، بل ولدى المذاهب الأخرى مختصرا ابن الحاجب (ت646هـ) الأصليان؛ المختصر الأوّل "منتهى السّؤل والأمل في علمي الأصول والجدل" ثمّ اختصره فسمّاه "مختصر منتهى السّؤل والأمل"، وقد لاقى هذا الأخير قبولاً واسعاً، وعكف عليه الفقهاء والأصوليون شرحاً على اختلاف مذاهبهم[2].

وممّا يلاحظ عليه أنّه أخلص على طريقة المتكلّمين بحيث لا تكاد تشمّ رائحة أصول المالكيّة حتّى فيما انفردوا به.

وفي هذا القرن كان القرافي (ت684هـ) فقد ألّف "مختصر تنقيح الفصول" وشرحه، وشرح أيضاً محصول الرّازي في "نفائس الأصول" وهو من أجود كتب الأصول تحقيقاً ونظراً، كما أنّ كتابه "الفروق" قد تضمّن كثيراً من القواعد الأصوليّة محرّرة مقرّرة، وفي هذه المرحلة اعتنى كثيرٌ من المالكيّة بكتابي "المحصول" للرازي، و"المستصفى" للغزالي شرحاً وتدريساً.

وأمّا في القرن 8هـ فلم يكن بعيداً عن سابقه باستثناء ظهور ومجيء الإمام الشّاطبي (ت790هـ) فألّف كتابه الفريد "الموافقات" ومعروف ما فيه من تحقيقات وتمحيص للمسائل والمباحث الأصوليّة حتّى أبدع ما عرف بعد ذلك بعلم مقاصد الشّريعة، وكان للمذهب المالكي عند الشّاطبيّ في

1- ابن خلدون، المقدّمة، 1028- 1029، والحجوي، الفكر السّامي، 2/457- 462.

2- انظر مقدمة التّحقيق، تحفة المسؤول في شرح مختصر منتهى السّول، 1/126.

موافقاته حضور كبير وقوي واهتمام واضح في التّقرير والتّنظير.

وفي القرن 9هـ نجد إماماً له كتب حسنة في أصول الفقه المالكي إنّه الشّيخ أحمد بن عبد الرّحمان القروي المالكي المشهور بـ: حُلُولو (ت895هـ) فقد كان على اطلاع كبير وواسع بأصول المذهب وفروعه فقد ألّف كتابه "الضّياء اللاّمع شرح جمع الجوامع" شرح فيه مختصر التّاج السبكي المسمّى بـ"جمع الجوامع"، والكتاب الآخر "التّوضيح شرح كتاب التّنقيح" شرح فيه تنقيح القرافي[1].

وظلّ المنهج الذي يُطرح به أصول الفقه المالكي على حاله حتّى جاء مفخرة الشّمال الإفريقي والمغرب العربي العلاّمة محمّد الطّاهر ابن عاشور، في كتابيه "حاشية على شرح التّنقيح للقرافي" والثّاني "مقاصد الشّريعة الإسلاميّة" وهو كتاب غاية في الإحكام والتّحقيق والتّنظير، فإنّه يكثر من التّمثيل والتّطبيق على فروع مذهب مالك[2].

---

[1]– محمد عبد الله زغدود، الاتجاه المقاصدي عند المالكية من خلال المدوّنة الكبرى، ص88.

[2]– الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشّاطبي، ص132.

المطلب الخامس
مسالك معرفة أصول مذهب مالك
وإسهامات المالكيّة في التدوين الأصولي

الفرع الأوّل: مسالك معرفة أصول مالك.

هناك مسالك أربعة لمعرفة أصول أيّ إمام من الأئمّة نعرفها باختصار:

المسلك الأوّل: مسلك التّنصيص:

وهو أوضح المسالك في معرفة أصول إمام من الأئمّة، ومعنى التّنصيص هو التّصريح، ويتمثّل في طريقين اثنتين:

الأولى: تنصيص الإمام المباشر على مسألة أصولية.

الثّانية: التّنصيص غير المباشر من قبل الإمام، وذلك باستدلاله على فرع من الفروع بمسلك استدلالي أو بقاعدة أصوليّة فيفهم من صنيعه أنّه يجعلها من أصوله الاستنباطيّة، ومن أمثلته:

1- قال مالك في الموطّأ: "والقصاص أيضاً يكون بين الرّجال والنّساء، وذلك أنّ الله تبارك وتعالى قال في كتابه: ﴿ **وكتبنا عليهم فيها أنّ النّفس بالنّفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسّنّ بالسّنّ والجروح قصاص** ﴾. (سورة المائدة 45)، فذكر تبارك وتعالى أنّ النّفس بالنّفس فنفس المرأة الحرّة بنفس الرّجل الحرّ، وجرحها بجرحه"[1].

---

[1]- مالك، الموطّأ، كتاب العقول، باب القصاص في القتل، ص2560.

فأخذ ابن القصّار المالكي من هذا الاستدلال الذي صنعه مالك –رحمه الله– أنّه يأخذ بدليل شرع من قبلنا من الأنبياء ما لم يكن منسوخاً عندنا[1].

2- ومن أصول مالك التي أخذت من طريق ومسلك التّنصيص غير المباشر القول بالعموم، وأخذ ذلك من استدلال مالك بالعموم في مواضع من موطّئه، وبعض مسائله؛ من ذلك احتجاج مالك لجواز الاعتكاف في كلّ المساجد بقوله تعالى: ﴿ وأنتم **عاكفون في المساجد** ﴾ (سورة البقرة 187)، قال مالك: "فعمّ الله المساجد كلّها ولم يخصّص شيئاً منها"[2].

قال ابن القصّار: "من مذهب مالك –رحمه الله– القول بالعموم، وقد نصّ عليه في كتابه وفي مسائله"[3].

3- من أصول مالك أنّ الأمر للوجوب، إلاّ أن يرد ما يصرفه عن ذلك، وأُخذ ذلك من قول مالك في الموطّأ: "ولا ينبغي أن يُدخل الرّجل في شيء من الأعمال الصّالحة: الصّلاة، والصيام، والحج، وما أشبه ذلك من الأعمال الصّالحة التي يتطوّع بها النّاس، فيقطعه حتّى يتمّه على سنّته...وذلك أنّ الله تبارك وتعالى قال: **﴿ وكلوا واشربوا حتّى يتبيّن لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر ثمّ أتمّوا الصيام إلى الليل ﴾**. (سورة البقرة187).

وعليه إتمام الصّيام كما قال تعالى: **﴿وأتمّوا الحجّ والعمرة لله﴾** (سورة البقرة

[1]- ابن القصّار، المقدّمة في أصول الفقه، ص153- 154.

[2]- مالك، الموطّأ، رقم 871.

[3]- ابن القصّار، المقدّمة، ص53.

196)، فلو أنّ رجلاً أهلّ بالحجّ تطوّعاً وقد قضى الفريضة لم يكن له أن يترك الحجّ بعد أن دخل فيه، ويرجع حلالاً من الطريق، وكلّ أحد دخل في نافلة، فعليه إتمامها إذا دخل فيها، كما يتمّ الفريضة..."[1].

المسلك الثّاني: مسلك التّخريج.

أوّلاً: تخريج الأصول من الفروع الفقهيّة.

ومنطلق هذه الفكرة أنّ أيّ إمام في اجتهاده وتفريعه واستنباطه يجب أن يكون صادراً في ذلك كلّه عن منهج وأصول ثابتة عنده، مركوزة في ملكته الاجتهاديّة، فإذا لم نقف على تنصيص من هذا الإمام على بعض أصوله كان للمستقرئ أن يطّلع عليها بطريقة عكسيّة، وذلك بأن يتتبّع الفروع الفقهيّة المأثورة عن الإمام ويتلمّح أصولاً وضوابط تنتظم تلك الفروعُ بها، وتنساق على وفق منطق مشترك، فإذا طاع للمستقرئ ذلك تسنّى له أن يُضيف تلك الأصول المستخرجة عن طريق التّخريج والاستقراء لذلك الإمام، ومن أمثلة ذلك تخريج ابن القصّار قول مالك بأنّ الأمر يقتضي الفور ممّا نسبه لمالك من قوله بالفوريّة في الحجّ[2].

ثانياً: تخريج الأصول من الأصول.

ذلك أنّ بعض الأصول تبنى على أصول أخرى، فمن قال بأصل وتمسّك به فهو لا محالة قائل بالأصل المبنيّ عليه.

---

[1]- مالك، الموطّأ، رقم 850.

[2]- ابن القصار، المقدّمة، ص132.

ومن أمثلة ذلك:

الاستحسان: الذي يترك فيه القياس في بعض المحال لمقتض أوجب ذلك، فلا يتسنّى القول بهذا الأصل (الاستحسان) إلاّ بعد التّسليم بجواز تخصيص العلّة، فمن منع تخصيص العلّة ثمّ احتجّ بالاستحسان فقد ركب التّناقض.

أولويّة أصل على أصل آخر: فمن جعل مفهوم الصّفة حجّة يؤخذ به فهو قائل حتماً بحجّيّة مفهوم الشّرط للاتّفاق أنّ مفهوم الشّرط أقوى من مفهوم الصّفة.

لزوم أصل لأصل آخر: فمن كان الأمر عنده مفيداً للتّكرار فهو قائل باقتضائه الفور لأنّ هذا الأخير من لوازم التّكرار.

المسلك الثّالث: مسلك قياس أصل على فرع.

وليس هذا من قبيل القول بتخريج الأصل من الفرع لأنّ ذلك يكون الفرعُ فيه مستنداً لذلك الأصل، أي إنّ الأصل هو دليل الفرع ومدركه، أمّا في هذا المسلك فالفرع لا ينبني على الأصل الذي يُراد إثباته، وإنّما هناك وجه شبهيّ بينهما، فيقاس الأصل على الفرع المعلوم حكمه عند الإمام ويعزى الأصل المقيس للإمام الذي أثر عليه ذلك الفرع المقيس عليه.

ومن أمثلة هذا المسلك: ما عزوه لمالك من أنّ من علم بحكم شرعي ثمّ نسخ الحكمُ، ولم يبلغه النّسخ: فهو منسوخ عنده بورود النّسخ لا ببلوغه واستدلّوا لهذا الأصل بفرعين فقهيين[1]:

---

[1]- ابن رشد، المقدّمات والممهدات، 58/3.

الأوّل: قول مالك في المرأة يموت عنها زوجها أو يطلّقها إنّ عدّتها من يوم وقع الفراق أو الموت لا من يوم يأتيها الخبر.

الثّاني: قول مالك في الوكيل يموت موكله أو يعزل بأنّه معزول وإن لم يعلم.

فنلحظ أنّ الأصل المخرّج هو أصل في نصوص الشّارع إذ النّسخ لا يكون في غيرها في حين نجد أنّ الفرعين واردان في معاملات المكلّفين وتصرّفاتهم، وجليّ أنّ هذين الفرعين لم ينبنيا على الأصل الفقهي المتقدّم لكن المنطق الذي انبنى عليه هذان الفرعان هو المنطق نفسه الذي يجري عليه الأصل الفقهيّ.

فلمّا ثبت أنّ بين هذا الأصل وذينك الفرعين شبهاً وكان الفرعان منصوصاً عليهما ألحقنا الأصلَ بالفرعين لمكان الشّبه، فأثبتنا أنّ من مذهب مالك كون الحكم منسوخاً في حقّ المكلّف بورود النّسخ ووقوعه لا ببلوغه المكلّف وعلمه به.

المسلك الرّابع: مسلك اتّفاق المالكيّة على أصل[1].

إذا اتّفق فقهاء المالكيّة على أصل من الأصول ممّا تبنى عليه فروع فقهيّة فذلك دليل قويّ على أنّ مالكاً يقول به، ويعوّل عليه، وإن لم يوقف له على نصّ في خصوص المسألة، لأنّ المالكيّة في عمومهم وجمهورهم تبعٌ لإمام مذهبهم في أصوله وقواعده.وظاهر أن اتّفاق المالكيّة على نسبة أصل لمالك

1- حاتم باي، التحقيق في مسائل أصول الفقه التي اختلف النّقل فيها عن الإمام مالك بن أنس، ص81.

لابدّ له من مستند نقل أو لم ينقل، ولكن لن تعدم في المسالك المتقدّمة ما يشهد لمضمون الاتّفاق الذي تتابع عليه المـالكيّة، ومن بين هذه المستندات[1]:

1- شهرة النّقل في كتب الأصول.

2- السّبر والاعتبار.

3- الاستقراء والتّتبّع.

الفرع الثّاني: إسهامات المـالكيّة في التّدوين الأصولي.

أوّلاً: إسهام المـالكيّة في تقرير طريقة المتكلّمين:

للمالكيّة إسهام كبير في التّصنيف على طريقة المتكلّمين، فإمام المتكلّمين في زمانه كان مالكيّاً وهو أبو بكر ابن الطّيّب الباقلاّني (ت403هـ)، قال الزّركشيّ – بعد أن ذكر بدء الشّافعي التّصنيف في هذا الفنّ-: "وجاء من بعده فبيّنوا وأوضحوا وبسطوا وشرحوا حتّى جاء القاضيان: قاضي السّنّة أبو بكر بن الطّيّب، وقاضي المعتزلة عبد الجبّار فوسّعا العبارات، وفكّا الإشارات، وبيّنا الإجمال، ورفعا الإشكال، واقتفى النّاس بآثارهم، وساروا على حالب نارهم، فحرّروا وقرّروا وصوّروا..."[2].

وأيضاً المدرسة المـالكيّة في العراق لها إسهام كبير في تقرير طريقة المتكلّمين ككتاب القاضي عبد الوهّاب "الملخّص" وكتابه "الإفادة"[3].

---

[1]- حاتم باي، المرجع السابق، ص55.

[2]- الزّركشي، البحر المحيط، 1/403.

[3]- عبد الله محمد زغدود، الاتجاه المقاصد عند المـالكية من خلال المدوّنة، ص55.

ثانياً: الاعتناء: بأهمّ كتب الشّافعيّة في أصول الفقه.

من ذلك كتاب المازري (ت536هـ) "إيضاح المحصول من برهان الأصول"، وكتاب الأبياري (ت616هـ) "التّحقيق والبيان في شرح البرهان"، كما اعتنى بكتاب البرهان في أصول الفقه لإمام الحرمين الجويني من المالكية شرحاً كل من: ابن العلاّف، وابن المنيّر.

ومن ذلك أيضاً كتاب أبي عبد الله العبدري المالكي "المستوفى في شرح المستصفى" للغزالي، وكتاب ابن رشد الحفيد (ت595هـ) "الضّروري من أصول الفقه" اختصر فيه المستصفى للغزالي.

ثالثاً: إسهام المالكيّة في الكتب المختصرة في أصول الفقه.

من ذلك مختصر ابن الحاجب، ومختصر القرافي "التّنقيح"، ومنها أيضاً منظومة "مراقي السّعود" للعلوي المالكي، ومنظومة "مرتقى الوصول" و"مهيع الوصول" لابن عاصم الأندلسي المالكي.

رابعاً: **اعتناء المالكيّة بعلم مقاصد الشّريعة.**

وعلم مقاصد الشّريعة من أجل العلوم التي اعتنى بها المالكيّة حتّى كادت لا تعرف إلاّ من طريقهم يشهد لذلك كتاب "الموافقات" للشّاطبي المالكي، و"مقاصد الشّريعة" لابن عاشور التونسي المالكي[1].

وخلاصة القول أنّ المالكية أثروا المكتبة الأصولية إبداعاً أو اختصاراً وشرحاً وتعليقاً بثروة هائلة من المدوّنات الأصوليّة، منها الضّارب بجذوره في

1- الريسوني، نظرية المقاصد عند الشّاطبي، ص25.

أعماق التّاريخ، وقد كانت تلك المدوّنات مختلفة في مضامينها ومتفاوتة في مناهجها، ومتباينة في مشاربها، سواء من حيث الطّرح أو التناول للمسائل والمباحث الأصولية، أو من حيث الأسلوب والمنهجيّة، وقد شارك في وضع هذه المدوّنات وفي صياغتها ثلّة من علماء المذهب المالكي، سواء بالعراق أو مصر أو القيروان، أو فاس، أو تلمسان، أو الأندلس، فجاءت حصيلة ضخمة بلغت أزيد من مائتي كتاب، منها الموسوعي، ومنها المتوسط، ومنها المختصر.

وفيما يلي ذكر لبعضها دون ما سبق الإشارة إليه:

1- "**المقدّمة في أصول الفقه**" لأبي الحسين علي بن عمر بن القصّار (ت397هـ).

2- "**إحكام الفصول في أحكام الأصول**" لأبي الوليد الباجي (ت474هـ).

3- "المحصول في علم **الأصول**" لأبي بكر بن العربي (ت543هـ).

4- "**الضّروري في أصول الفقه**" لابن رشد الحفيد (595هـ).

5- -"لباب المحصول في علم **الأصول**" لابن رشيق المالكي (632هـ).

6- "**تقريب الفصول في علم الأصول**" لأبي القاسم محمد ابن جزي الغرناطي (741هـ).

7- "**مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول**" لأبي عبد الله الشّريف التّلمساني (777هـ).

8- "**الجواهر الثّمينة في بيان أدلّة عالم المدينة**" للفقيه حسن ابن محمد المشّاط (1399هـ).

المبحث الثاني
المدارك النقليّة في المذهب المالكي

وفيه المطالب التّالية:

المطلب الأوّل: دليل القرآن الكريم (الكتاب)

المطلب الثّاني: دليل السنة النّبويّة

المطلب الثّالث: دليل الإجماع

المطلب الرّابع: دليل عمل أهل المدينة

المطلب الخامس: دليل قول الصّحابي

المطلب السّادس: دليل شرع من قبلنا

المطلب الأوّل: دليل القرآن الكريم (الكتاب)

الفرع الأوّل: تعريف القرآن الكريم.

أولاً: في اللّغة:

لفظة القرآن مصدر مرادف للقراءة، ومنه قوله تعالى: ﴿**إنّ علينا جمعه وقرآنه فإذا قرأناه فاتّبع قرآنه**﴾ (سورة القيامة 17-18).

وقال ابن منظور: "ومعنى القرآن معنى الجمع، وسمي قرآناً لأنّه يجمع السور فيضمّها، وقوله تعالى: ﴿**إنّ علينا جمعه وقرآنه**﴾ القيامة 17، أي: جمعه وقراءته...وقرأت الشّيء قرآناً: جمعته وضممت بعضه إلى بعض، ومنه قولهم: ما قرأت هذه النّاقة سلى قط، وما قرأت جنيناً قطّ، أي لم يضم رحمها على ولد...والأصل في هذه اللّفظة الجمع، وكلّ شيء جمعته فقد قرأته"[1].

وأمّا تسميته "الكتاب" فهي من كتب يكتب، وهو رسم الحروف والألفاظ من حركة اللّسان إلى رسوم على الورق، ثمّ غلب لفظي القرآن والكتاب على المصحف الذي يجمع كلام الله الموحى به إلى النّبيّ ﷺ وأصبح علماً عليه.

ثانياً: في الاصطلاح:

القرآن الكريم هو كلام الله تعالى المنزل على رسول الله ﷺ بلسان عربيّ المعجز المتعبّد بتلاوته المنقول إلينا بالتّواتر بين دفتي المصحف[2].

1- ابن منظور، لسان العرب، 128/1، مادة قرأ.

2- محمد الأمين الشنقيطي، مذكرة في أصول الفقه، ص54.

الفرع الثّاني: خصائص الحقيقة القرآنيّة.

تتميّز الحقيقة القرآنيّة بخصائص تنفرد بها عن غيرها من السّنّة النّبويّة، والأحاديث القدسيّة، وسائر كلام النّاس، ومن أهم تلك الخصائص:

1- **القرآن كلام الله:** أوّل ما يميّز القرآن الكريم أنّه كلام الله تعالى لفظاً ومعناً، كما صرّح بذلك الله تعالى: ﴿ **وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتّى يسمع كلام الله** ﴾ (سورة التّوبة 6).

فالقرآن هو بألفاظه ومعانيه كلام الله تعالى، ومن ادّعى أنّ تأليف لفظه من فعل المخلوق فقد كفر[1].

2- **القرآن عربي:** القرآن الكريم أنزله الله تعالى باللّفظ واللّسان العربي، قال تعالى: ﴿ **وإنّه لتنزيل ربّ العالمين نزل به الرُّوح الأمين على قلبك لتكون من المنذرين بلسان عربي مبين** ﴾ (سورة الشّعراء 192-195)، وانطلاقاً من هذه الخاصية لابد من الوقوف على الحقائق التّالية[2]:

أ-إذا كانت ألفاظ وآيات وسور القرآن بلغة عربية مبينة، كان لابد أن يفهم القرآن وتفسير آياته واستخراج أحكامه على أساس قواعد اللّغة العربيّة وعادة العرب في التّخاطب، ولذا يلزم على المجتهد أن يتمكّن من علوم العربيّة ليتوصّل إلى الفهم الصّحيح والسّليم ولذلك وضع علماء الأصول باب الألفاظ والدّلالات ليضبط الفهم.

1- محمد الأمين الشنقيطي، مذكرة في أصول الفقه، ص54.

2- محمد الخضري، أصول الفقه، ض186.

ب-ترجمة القرآن الكريم إلى اللّغات الأخرى لا تعتبر قرآناً، وإنّما لا تعدو أن تكون تفسيراً فلا يصلح أن تستخرج منها الأحكام .

ج-ما ورد من ألفاظ في القرآن ذات أصول أعجميّة لا تناقض كون القرآن عربياً، لأنّها تعرّبت باستعمال العرب لها في كلامها فأصبحت عربيّة ومن المعلوم أنّه لا توجد عبارة في القرآن الكريم يفهم منها معناً أو حكم شرعي معيّن وهي أعجميّة وإنّما هي مفردات وكلمات ومصطلحات لا غير.

3- **القرآن معجز:** ومن خصائص القرآن الكريم أنّه كتاب معجز بأقصر سورة منه، فقد أمر الله رسوله أن يتحدّى به المشركين من العرب أن يأتوا بمثله أو بعشر سور مثله، أو بسورة مثله، فغلبوا وسجّل القرآن عليهم ذلك بجلاء فقال تعالى: ﴿ **قل لئن اجتمعت الإنس والجنّ على أن يأتوا بمثل هذا القرآن لا يأتون بمثله ولو كان بعضهم لبعض ظهيراً** ﴾ (سورة الإسراء 88)، وقد بيّن النّبيّ ﷺ أنّ القرآن هو المعجزة التي أيّده الله بها فقال: "**ما من الأنبياء إلاّ** وأوتي ما على مثله آمن البشر، وإنّما كان **الذي أوتيته** وحياً أوحاه **الله إليّ، فأرجو أن أكون أكثرهم تابعاً يوم القيامة**"[1].

وإذا ثبت كون القرآن معجزاً كان لابدّ من اتّخاذه واعتباره حجّةً شرعيّة يجب العمل بما فيها من الأحكام وتصديق ما فيها من الأخبار.

4- **القرآن** متعبّد بتلاوته: جعل الله قراءة القرآن وكتابته من أعظم القربات وأجلّ العبادات، ولذلك أمر المؤمنين بذلك فقال: ﴿**فاقرؤوا ما تيسّر منه**﴾

---

[1]- رواه البخاري، كتاب فضائل القرآن، باب كيف نزل الوحي وأول ما نزل رقم 4981، الفتح 7/9، ومسلم برقم 152، شرح النووي على مسلم 364/2.

(سورة المزمّل 20).

5-القرآن منقول بالتّواتر: ومن خصائص القرآن أنّ الله تعالى تكفّل بحفظه، وجعله كتاباً خالداً إلى قيام السّاعة، قال تعالى: ﴿ **إنّا نحن نزّلنا القرآن وإنّا له لحافظون** ﴾ (سورة الحجر 9).

ولهذا نقل إلينا نقلاً متواتراً، ومعنى التّواتر أنّه قد نقله جمع عن جمع يمنع العقل تواطؤهم على الكذب أو الوهم أو الخطأ، ويترتّب على هذه الخاصية أنّ القراءات الشّاذة التي لم تنقل بالتّواتر مثل قراءة ابن مسعود، وقراءة أبيّ بن كعب، فلا تعتبر قرآناً بالاتّفاق[1].

الفرع الثّالث: مسألة الاحتجاج بالقراءات الشّاذة:

اختلف العلماء في مسألة الاحتجاج بالقراءات الشّاذة كالتّالي[2]:

المذهب الأوّل: مذهب المالكيّة والشّافعيّة: أنّها ليست بحجّة ملزمة لكونها مجرّد تفسير من هذا الصّحابي، وحكمها حكم قول الصّحابي.

المذهب الثّاني: مذهب الحنفيّة والحنابلة: أنّها حجّة ظنّيّة لكونها تحتمل السّماع من النبيّ ﷺ.

تحقيق القول في المذهب المالكي في مسألة الاحتجاج بالقراءات الشاذة:

ذهب فقهاء هذا المذهب في صحة العمل بالقراءة الشاذة ثلاثة مذاهب [3]:

1- محمد الخضري، أصول الفقه، ص187.

2- الآمدي، الإحكام، 1/83.، وحسين حامد حسان، أصول الفقه، ص233.

3- صالح عبد الله، القراءات الشاذة عند الأصوليين وأثرها في الاستدلال الفقهي، مجلة اليرموك، ص108.

الأول :المشهور في المذهب، وظاهر الرواية في الموطأ:

لا يصح الاحتجاج بالقراءة الشاذة، حكى هذا الرأي الفتوحي عن الإمام مالك واختاره ابن الحاجب[1].

الثاني : القراءة الشاذة تجري مجرى الآحاد في العمل بها دون القطع:

حكى هذا القول الفتوحي عن الإمام مالك، يقول ابن عبد البر: "الاحتجاج بما ليس في مصحف عثمان قال به جمهور العلماء ويجري عندهم مجرى خبر الواحد في العمل به دون القطع"[2].

الثالث : يعمل بالشاذ على وجه الاستحباب:

لأن الإمام مالكا كان لا يرى الإعادة فيمن فرق قضاء رمضان قائلاً: "ليس عليه إعادة وذلك مجزئ وأحب ذلك إلي أن يتابعه"[3].

بهذا يظهر أن فقهاء المذهب المالكي اختلفوا في شأن القراءة الشاذة بين رافض لها ومستحب، ومجيز الاحتجاج بها فإذا ثبتت عندهم مع وجود سند قوي لها أخذوا بها كما حدث في ميراث الإخوة لأم، حيث عملوا بمقتضاها لوجود الإجماع الذي قوّاها.

ومن حجتهم في رفضها أنهم يرون أن الشاذ ليس كتابًا ولا سنة ولا إجماعًا ولا قياسًا ولا غير ذلك من الأدلة الشرعية ويتبين من ذلك أن القراءة الشاذة

---

[1]- محمد الأمين الشنقيطي، نثر الورود على مراقي السّعود، 1/93.

[2]- ابن عبد البر، التمهيد، 12/156.

[3]- مالك، الموطأ، ص235.

لا تكون حجة عندهم إلا إذا عضدها خبر آخر غير القراءة، فبوجود الخبر يأخذون بها وبعدمه لا، فدل هذا على أنهم يأخذون بالخبر لا بالقراءة[1].

وقد كانت سبباً لاختلاف الفقهاء في مسائل عديدة منها:

1- وجوب **التّتابع** في صيام **كفّارة** اليمين:

ذهب مالك والشّافعي إلى أنّ صيام كفّارة اليمين لا يشترط فيها التّتابع وحجّتهم في ذلك قوله تعالى: ﴿ **فكفّارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فلمن لم يجد فصيام ثلاثة أيّام ذلك كفّارة أيمانكم إذا حلفتم واحفظوا أيمانكم** ﴾ (سورة المائدة:89)

وذهب الحنابلة والحنفيّة إلى أنّ التّتابع شرط في كفّارة اليمين، فلو صام متفرّقاً لم يصحّ، وحجّتهم في ذلك قراءة ابن مسعود، وهي وإن كانت شاذة فهي بمنزلة حديث الآحاد بل المشهور حتّى أمكن الزيادة به على النّص المتواتر[2].

2- **الرّضاع المحرّم:**

ذهب الشّافعيّة إلى أنّ خمس رضعات توجب الحرمة بالرّضاع، فإن كانت أقلّ من خمس رضعات فلا حرمة، واحتجّوا بما في صحيح مسلم عن عائشة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهَا قالت: "كان فيما أنزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرّمن، فنسخن بخمس رضعات، فتوفّي رسول الله ﷺ وهي ممّا يُقرأ من القرآن، فيردّ المالكيّة بأنّ هذا القول باطل لأنّه لو كان قرآناً لكان متواتراً، وهو ليس

---

[1]- مصطفى سعيد الخن، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، ص390.

[2]- المرجع نفسه.

بمتواتر فليس بقرآن.

وأجاب الشّافعيّة بأنّ التّواتر شرط في التّلاوة لا في الحكم، وقصد المستدلّ هنا إثبات حكم الخمس لا إثبات تلاوتها[1].

3- قراءة البسملة في الصّلاة:

ومن الأمثلة على ذلك أيضاً مسألة قراءة البسملة في الصّلاة، فقد ذهب المالكيّة إلى كراهيّة قراءة البسملة في الصّلاة لأنّ البسملة ليست من الفاتحة، ولا من أوّل كلّ سورة في القرآن، ولا آية مستقلّة إلاّ في سورة النّمل، قال القاضي عبد الوهّاب في كتابه الإشراف: "لا طريق لإثبات القرآن إلاّ بالنّقل المتواتر الذي يوجب العلم ويقطع العذر، أو بإجماع الأمّة، ولا يثبت بنقل آحاد، ولا بقياس، ولا ما يؤدّي إلى غلبة الظّنّ، وليس ها هنا إجماع، ولا نقل تقوم به الحجّة، فلم يجز إثباتها من الفاتحة"[2].

الفرع الرّابع: قواعد ضروريّة يراعيها المالكيّة في فهم الأحكام من القرآن الكريم.

القاعدة الأولى: معرفة أسباب النّزول[3]:

معرفة أسباب النّزول والتّحقّق من صحّتها يعين على فهم الأحكام المنزّلة في تلك الحوادث، لأنّ الأسباب هي قرائن حسّيّة أو معنويّة، تحدّد المعنى

1- علي بن الحبيب ديدي، مذكرة في أصول الفقه المالكي، ص36.

2- نقلاً عن الدكتور محمد بن المدني الشّنتوف، القواعد الأصوليّة عند القاضي عبد الوهاب البغدادي، ص292.

3- محمد الخضري، أصول الفقه، ص188.

المطلوب، وتزيل الشّبه الممكنة الورود، بسبب تداخل المعاني، واحتمالاتها في نفس العبارة الواحدة، ويوضّح هذا المعنى ما ننقله من الروايات التّالية[1]:

أ-ما رواه أبو عبيد عن إبراهيم التيمي قائلاً: "قال خلا عمر ذات يوم فجعل يحدّث نفسه: كيف تختلف هذه الأمة ونبيّها واحد وقبلتها واحدة؟ فعرضه على ابن عبّاس، فقال ابن عبّاس: يا أمير المؤمنين إنّ الله أنزل علينا القرآن فقرأناه، وعلمنا في ما نزل، وإنّه سيكون بعدنا أقوام يقرؤون القرآن ولا يدرون فيما نزل، فيكون لهم فيه رأي، فإذا كان لهم فيه رأي اختلفوا، فإذا اختلفوا اقتتلوا، قال: فزجره عمر وانتهره، فانصرف ابن عبّاس، ونظر في ما قال، فعرفه، فأرسل إليه فقال: أعد عليّ ما قلت، فأعاده عليه فعرف عمر قوله وأعجبه".

ب-وقد روى ابن وهب عن بكير أنّه سأل نافعاً عن رأي ابن عمر في الحروريّة (الخوارج) فقال: يراهم شرار خلق الله إنّهم انطلقوا إلى آيات نزلت في الكفّار فجعلوها على المؤمنين، فهذا معنى الرّأي الذي نبّه ابن عبّاس عليه، وهو ناشئ عن الجهل بالمعنى الذي نزل فيه القرآن.

ج-وروي أنّ مروان أرسل بوّابه إلى ابن عبّاس وقال له: قل له لئن كان كلّ امرئ فرح بما أوتي وأحبّ أن يحمد بما لم يفعل معذّباً، لنعذّبنّ أجمعون، فقال ابن عبّاس: مالكم ولهذه الآية إنّما دعا النّبيّ ﷺ يهود فسألهم عن شيء فكتموه إيّاه وأخبروه بغيره، فأروه أن قد استحمدوا إليه بما أخبروه عنه في ما سألهم، وفرحوا بما أوتوا من كتمانهم، ثمّ قرأ: **﴿وإذ أخذ الله ميثاق الذين**

---

[1]- الشّاطبي، الموافقات، 3/295 وما بعدها.

أوتوا الكتاب لتبيّننّه للنّاس ولا تكتمونه﴾ (سورة آل عمران 187)، إلى قوله: ﴿ويحبّون أن يحمدوا بما لم يفعلوا﴾ (سوة آل عمران 188)، فهذا السّبب يبيّن أنّ المقصود من الآية غير ما يظهر لمروان.

د-وحينما استعمل عمر قدامة بن مظعون على البحرين، فقامت عليه بيّنة شرب الخمر عند عمر فاعتذر عن ذلك بقوله تعالى: ﴿ليس على الذين آمنوا وعملوا الصّالحات جناح فيما طعموا إذا ما اتقوا وآمنوا وعملوا الصّالحات ثمّ اتّقوا وآمنوا ثمّ اتّقوا وأحسنوا والله يحبّ المحسنين﴾ (سورة المائدة 93)، وقال: أنا منهم شهدت مع رسول الله ﷺ بدراً وأحداً والخندق والمشاهد كلّها، فقال عمر: ألا تردّون على هذا قوله؟ فقال ابن عبّاس: إنّ هؤلاء الآيات أنزلن عذراً للماضين وحجّة على الباقين، فعذر الماضين: أنّهم لقوا الله قبل أن تحرم عليهم الخمر، وحجّة على الباقين لأنّ الله يقول: ﴿يا أيّها الذين آمنوا إنّما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشّيطان فاجتنبوه لعلّكم تفلحون﴾ (سورة المائدة 90) فإن كان من الذين آمنوا وعملوا الصّالحات، ثمّ اتّقوا وآمنوا، ثمّ اتّقوا وأحسنوا، فإنّ الله قد نهى أن نشرب الخمر، قال عمر: صدقت، فدلّ هذا على أنّ المقصود من الآية غير ما يتبادر للذّهن أوّل مرّة كما ادّعى ذلك قدامة[1].

القاعدة الثّانية: معرفة عادات العرب في الأقوال والأفعال:

لابد من معرفة عادات العرب وأعرافهم، في الأقوال والأفعال وصيغ الاستعمال اللّغوي زمن تنزّل آيات القرآن، لأنّ عدم معرفة ذلك يوقع في الخطأ والاشتباه والإشكال في معرفة المعنى الصّحيح والحكم الصّائب.

1- محمد الخضري، أصول الفقه، ص188.

أ-ومثله قوله تعالى: ﴿ **وأتمّوا الحجّ والعمرة لله** ﴾ (سورة البقرة 196)، إنّما أمر بالإتمام دون الأمر بأصل الحج، لأنّهم كانوا قبل الإسلام يحجّون لكن على تغيير بعض الشّعائر، ونقص بعضها كالوقوف بعرفة، فجاء الأمر بالإتمام بحذف الانحرافات التي كانوا يرتكبونها، وبإضافة الشّعائر التي كانوا ينقصونها، أمّا إيجاب الحج إنّما جاء في قوله تعالى:﴿ **ولله على النّاس حجّ البيت** ﴾ (سورة آل عمران 97).

ب-فمثلاً قوله تعالى: ﴿ **ربّنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا** ﴾ (سورة البقرة 286)، نقل عن أبي يوسف: أنّ ذلك في الشّرك، لأنّهم كانوا حديثي عهد بكفر فيريد أحدهم التّوحيد، فيهم فيخطئ بالكفر، فعفا لهم عن ذلك، كما عفا لهم عن النّطق بالكفر عند الإكراه، قال: فهذا على الشّرك، ليس على الأيمان في الطّلاق والعتاق، والبيع والشّراء، لم تكن الأيمان بالطّلاق والعتاق في زمانهم.

ج-ومثله كلمة فتياتكم في قوله تعالى: ﴿ **ولا تكروا فتياتكم على البغاء إن أردن تحصّناً لتبتغوا عرض الحياة الدّنيا** ﴾ (سورة النّور 33)، فقد كتب بعض أساتذة التّاريخ أنّ بعض العرب كانوا يكرهون بناتهم في الجاهليّة على الزّنا، والتّكسّب به، مستدلاًّ بهذه الآية، ولو رجع إلى القرآن نفسه، لعلم أنّ كلمة (الفتاة) يراد بها (الأمة) كما في قوله تعالى: ﴿ **ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات** ﴾ (سورة النّساء 25)[1].

1- يوسف القرضاوي، كيف نتعامل مع القرآن، ص268.

القاعدة الثّالثة: الحذر من ادّعاء النّسخ بلا برهان.

الأصل في آيات القرآن الكريم أنّها محكمة باقية لازمة، ملزمة لكلّ من آمن بالله ورسوله، ولا يجوز الخروج عن هذا الأصل إلاّ بيقين، لا شكّ فيه، ولا احتمال معه، أمّا دعوى نسخ آية أو بعض آية بلا دليل قاطع فهي دعوى مرفوضة.

فقد أنزل الله تعالى هذا الكتاب ليعمل به، وتنفذ أوامره، وتجتنب نواهيه، وتحترم حدوده، كما قال تعالى: ﴿ **تلك حدود الله فلا تعتدوه ومن يتعدّ حدود الله فأولئك هم الظّالمون** ﴾ (سورة البقرة 229).

قال الإمام الشّاطبي: "ووجه آخر وهو أنّ الأحكام إذا ثبتت على المكلّف، فادّعاء النّسخ فيها لا يكون إلاّ بأمر محقّق، فرفعها بعد العلم بثبوتها لا يكون إلاّ بمعلوم محقّق، ولذلك أجمع المحقّقون على أن خبر الواحد لا ينسخ القرآن، ولا الخبر المتواتر، لأنّه رفع للمقطوع به بالمظنون"[1].

القاعدة الرّابعة: الحذر من وضع النّص في غير موضعه[2].

ومن تحريف الكلم عن موضعه، الاستدلال بآية من القرآن على أمر معيّن، ممّا لا يدلّ عليه إمّا بسبب سوء الفهم، أو فساد النّيّة والقصد، للانتصار لرأي، أو اتّباع لهوى، وذلك مثل استدلال الخوارج على رفضهم التّحكيم في الخلاف بين معاوية رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بقوله تعالى: ﴿**إن الحكم إلاّ لله**﴾ (سورة يوسف 40)،

1- الشّاطبيّ، الموافقات، 3/88.

2- محمد الخضري، أصول الفقه، ص190.

وعقّب عليهم علي رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ بقوله: "كلمة حقّ أريد بها باطل" ذلك أنّ القضية في التّحكيم بين المتنازعين أمر مشروع بنص القرآن الكريم، في قوله تعالى في النّزاع بين الزّوجين: ﴿**وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدا إصلاحاً يوفّق الله بينهما إنّ الله كان عليماً خبيراً**﴾ (سورة النّساء 35).

المطلب الثاني: دليل السّنة النبويّة

الفرع الأوّل: تعريف دليل السّنّة.

أوّلاً: لغةً.

تطلق كلمة السنّة في اللّغة على السّيرة والطّريقة المعتادة حسنة كانت أم سيئة، وفي الحديث: "**من سنّ في الإسلام سنّة حسنة فعمل بها بعده، كتب له أجر مثل من عمل بها، ولا ينقص من أجورهم شيء، ومن سنّ في الإسلام سنّة سيئة، فعمل بها بعده كتب عليه مثل وزر من عمل بها لا ينقص من أوزارهم شيء**"[1].

وفي القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿ **سنّة الله التي قد خلت من قبل ولن تجد لسنّة الله تبديلا** ﴾ (سورة الفتح 23).

ثانياً: في الاصطلاح:

السنّة في الاصطلاح عند الأصوليين هي: ما قاله الرّسول ﷺ أو فعله أو ما أقرّ عليه أصحابه"[2].

وما يميّز الإمام مالكاً في فهمه للسنّة أنّه عمم لفظ السنّة، بحيث يشمل بالإضافة إلى السّنّة المرفوعة المتمثّلة في الأحاديث الصّحيحة سواء كانت متواترة أو خبر آحاد، ما يمكن تسميته بالسّنّة الأثريّة، وهي فتاوى الصّحابة وأقضيتهم، وعمل أهل المدينة وأعرافهم.

---

[1]- رواه مسلم. رقم1017.

[2]- حسين حامد حسان، أصول الفقه، ص237.

واعتماد الإمام مالك على السّنّة الأثريّة باعتبارها مفسّرة للسنّة، وفتاوى الصّحابة وأقضيتهم تعتبر عنده سنّة متّبعة، لأنّهم إمّا أن يكونوا قد سمعوها أو شاهدوها من النّبيّ ﷺ أو فهموها من كتاب الله تعالى[1].

الفرع الثّاني: الاستدلال بأنواع أفعال الرّسول عند المالكيّة.

قسّم علماء الأصول أفعال الرّسول ﷺ إلى خمسة وهي:

أوّلاً: الأفعال الجبليّة: كالقيام والقعود والأكل والشّرب ونحوها، ممّا لا يخلو منها إنسان، هذا النّوع من الأفعال لا نزاع في أنّه يدلّ على الإباحة، ولا يعدّ ملّة ولا سنّة، أي لا يعتبر شريعة للتّأسي به فيها[2].

وهذا ما صرّح به علماء المالكيّة كالباجي والباقلاّني والمازري والشّريف التّلمساني وابن الحاجب والقرافي وابن جزي وغيرهم[3].

قال صاحب المراقي[4]:

وفعله المركوز في الجبلّة *** كالأكل والشّرب فليس ملّه

ولكن من قصد التّأسي والاقتداء بالنّبيّ ﷺ فيها فهو مأجور على نيّته، مثاب على فعله، قال القاضي عياض في الشّفاء: "أنّ من سيرة السّلف أنّهم

---

[1]- مولاي الحسين بن الحسن الحيان، منهج الاستدلال بالسّنّة في المذهب المالكي، ص690/2.

[2]- الأمين الشنقيطي، نثر الورود، 364/1.

[3]- الإمام مالك والمالكيّة، تأليف جماعة من الأساتذة والعلماء، ص51.

[4]- الشنقيطي، نثر الورود، ص 364/1.

يحبّون كلّ شيء يحبّه رسول الله ﷺ حتّى في المباحات وشهوات النّفس"[1].

واستدلّ على ذلك بأنّ أنساً رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ حين رأى النّبيّ ﷺ يتتبّع الدّبّاء من حوالي القصعة قال: "فما زلت أحبّ الدّبّاء من يومئذ"، وكان ابن عمر يلبس النّعال السّبتية ويصبغ بالصّفرة إذ رأى النّبيّ ﷺ يفعل ذلك[2].

ثانياً: الأفعال المتردّدة بين الجبلّي والشّرعي: وهي الأفعال التي كانت الجبلّة تقتضيها في نفسها لكنّها وقعت متعلّقة بعبادة، أو في وسيلتها، كجلسة الاستراحة في خطبة الجمعة، والضّجعة بعد ركعتي الفجر، والرّكوب في الحجّ والذّهاب لصلاة العيد من طريق والرّجوع من آخر...فهذا يحتمل أن يكون الإتيان به لمجرّد الجبلّة ويحتمل أن يكون المقصود به التّشريع وسبب التّعارض فيه هو تعارض الأصل والظّاهر، فالأصل هو براءة الذمّة من التّكليف؛ إذ يقتضي ألاّ يكون واجباً ولا مستحبّاً، أمّا الظّاهر فكونه صدر منه ﷺ متعلّقاً بعبادة، أو وسيلة لها، على ذلك فهي شرع متّبع لأنّ النّبيّ ﷺ بعث لبيان الشّرعيات.

ومذهب المالكيّة هو استحباب هذا النّوع من الأفعال فقد استحبّوا الرّكوب في الحجّ، والذّهاب إلى صلاة العيد من طريق والرّجوع منها من طريق آخر، وجلسة الاستراحة في خطبة الجمعة، قال البناني في حاشيته على شرح المحلّي على متن جمع الجوامع: "هذا مذهبنا معاشر المالكيّة".

---

[1]- القاضي عياض، ص55.

[2]- المصدر نفسه.

قال صاحب المراقي[1]:

من غير لمح الوصف والذي احتمل *** شرعا ففيه قل تردّد حصل
فالحجّ راكبا عليه يجري *** كضجعة بعد صلاة الفجر

ثالثاً: الأفعال التي وقعت بياناً لمجمل:

يقع الفعل المبيّن للمجمل في صور مختلفة منها:

1- إمّا بصريح المقال، كقوله ﷺ لعمّار بن ياسر رضي الله عنه حين أراد أن يعلّمه التّيمّم: "إنّما كان يكفيك أن تقول بيدك هكذا ثمّ ضرب بيديه الأرض ضربة واحدة، ثمّ مسح الشّمال على اليمين وظاهر كفّيه ووجهه"[2].

2-أو يجمع العلماء على فعل له ﷺ أنّ المقصود منه البيان، كإجماعهم على عدد الرّكعات في الصّلوات، وما انطوت عليه من الأركان، ومقادير الزّكاة التي أخذها ﷺ فقد اتّفقوا على أنّ ذلك بيان للصّلاة، والزّكاة المأمور بهما في كتاب الله تعالى.

3-أو أن يرد خطاب مجمل ولم يبيّنه بقوله، ولمّا جاء وقت الحاجة إليه فعل فعلاً صالحاً للبيان، فيعلم النّاس أنّه بيان لذلك المجمل، ومثالها أنّ الله تعالى أمر بالوقوف بعرفة، ولم يذكر وقت الوقوف، فوقف النّبيّ ﷺ تاسع ذي الحجّة من الظّهر إلى المغرب، فبيّن بفعله ذلك الوقت للواقفين معه.

4-أو يسأل عن بيان المجمل فيفعل فعلاً، ويعلم بقرائن الأحوال أنّه أراد جواب السّائل، كالذي ورد في صحيح مسلم أنّ رجلاً سأل النّبيّ ﷺ عن

1- نثر الورود، 364/1.

2- أخرجه البخاري ومسلم، كتاب الطّهارة، باب التّيمّم.

مواقيت الصّلاة فقال: "صلّ معنا هذين" يعني اليومين، ففعل فصلّى النّبيّ ﷺ الصّلوات الخمس في اليوم الأوّل في أوائل الوقت، وفي اليوم الثّاني في أواخر الوقت، ثمّ قال: "أين السّائل عن وقت الصّلاة؟" **فقال الرّجل: أنا يا رسول الله، فقال: "وقت صلاتكم بين ما رأيت"**[1].

وعند المالكيّة أنّ حكم الفعل البياني هو حكم المبيَّن، إن واجباً فواجب أو مندوباً فمندوب، أو مباحاً فمباح، قال ابن جزي: "أن يفعله بياناً لغيره فحكمه حكم ذلك المبيَّن فإن واجباً فهو واجب، وإن بيّن مندوباً فهو مندوب..."[2].

قال صاحب المراقي[3]:

من غير تخصيص وبالنّصّ يرى *** وبالبيان والامتثال ظهرا

رابعاً: **الأفعال المخصوصة به** ﷺ:

وهي الأفعال التي دلّ الدّليل على أنّها خصوصيّة له دون غيره؛ كنكاح الواهبة نفسها دون صداق، لقوله تعالى: ﴿**وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنّبيّ إن أراد النّبيّ أن يستنكحها خالصةً لك من دون المؤمنين**﴾ (سورة الأحزاب 50)، وكاختصاصه بالجمع بين أكثر من أربع زوجات، وكوجوب قيام اللّيل عليه، وصوم الوصال.

---

[1]- أخرجه مالك في الموطّأ، كتاب وقوت الصّلاة، رقم 3.

[2]- ابن جزي الغرناطي، تقريب الوصول إلى علم الأصول، ص116.

[3]- نثر الورود، 366/1.

ومذهب المالكيّة فيها أنّ الاتّباع فيها ليس بواجب، بل قد يحرم كنكاح التّسع، وقد يكون مكروهاً كالوصال، وقد يكون مندوباً كالتّهجّد.

وفي هذا يقول صاحب المراقي[1]:

والقول إن خصّ بنا تعارضا *** فينا فقط والنّاسخ الذي مضى
إن بالتّأسي أذن الدّليل *** والجهل فيه ذلك التّفصيل
وإن يعمّ وغيره والاقتدا *** به له نصٌّ فما قبل بدا
في حقّه القول بفعل خصّا *** إن يك فيه القول ليس نصّاً

خامساً: الفعل المرسل:

وهو الفعل المجرّد غير المشمول بالأنواع المذكورة سابقاً، هذا النّوع من أفعاله ﷺ على ضربين:

الضّرب الأوّل: ما ظهر فيه قصد القربة:

ومذهب المالكيّة فيه حمله على الوجوب وهو ما نقله الباقلاّني عن مالك وأصحابه[2]، ويكاد الأصوليّون من المالكيّة يُطبقون عليه، وهو ظاهر صنيع مالك في الموطأ بحيث يستدلّ بأفعاله ﷺ كما يستدلّ بأقواله ﷺ، كما استدلّوا من القرآن بالآيات الدّالة على وجوب التّأسّي بالنّبي ﷺ ولأنّه الأحوط إذ لا يتقيّن الخروج من العهدة إلاّ به، ولأنّ الصّحابة خلعوا نعالهم لمّا خلع النّبيّ ﷺ نعله في الصّلاة فقد تابعوه مع جهلهم حكمه وقرّرهم

1- نشر الورود، 366/1.
2- المصدر نفسه، 368/1- 369.

على ذلك حيث أخبرهم أنّه خلعها لأنّ جبريل أخبره بأنّ في بطانها أذى[1].

قال صاحب المراقي[2]:

وكلّ ما الصّفة فيه تُجهل *** فللوجوب في الأصحّ يُجعل

وقيل مع قصد التّقرّب....*** ....

الضّرب الثّاني: ما لم يظهر فيه قصد القربة:

ومذهب المالكيّة فيه على الأرجح أنّه للإباحة، لأنّ صدوره منه ﷺ دليل على الإذن فيها، فغاية ما يفيده هو رفع الحرج عن الفعل لا غير، وكذلك أمّته ﷺ وهو ما ختاره ابن الحاجب والشّريف التّلمساني، والباجي، وأبو العبّاس حلولو ويحيى الرّهوني[3]. قال صاحب المراقي[4]:

.... وإن *** فقد فـهو بالإباحـة قمـن

وقد روي عن مالك الأخير *** والوقف للقاضي نمى البصير

الفرع الثّالث: حكم السّنّة التّركيّة في مذهب المالكيّة.

المراد بالتّرك ضدّ الفعل، وهو ودع الشّيء والانصراف عنه، فالتّكليف قد يكون فعلاً كالصّلاة، أو كفّاً الصيام، فالتّرك على التّحقيق فعل، وهو كفّ النّفس وصرفها عن المنهي عنه وعلى ذلك دلالة الكتاب والسّنّة، فأمّا الكتاب

1- أخرجه أحمد من جملة حديث طويل عن أبي سعيد الخدري رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ 20/3، والحاكم 139/2، والدارقطني، 399/1، وفيه متروك وعزاه المجد في المنتقى لأبي داود.

2- نثر الورود، 367/1.

3- المصدر نفسه.

4- المصدر نفسه، 369/1.

فقوله تعالى: ﴿ **كانوا لا يتناهون عن منكر فعلوه لبئس ما كانوا يفعلون** ﴾ (سورة المائدة 79)، فسمّى الله تعالى ترك النّهي عن المنكر فعلاً[1].

ومن ذلك تركه ﷺ الشّهادة لمن وهب بعض أبنائه ومنع البعض، وقوله له: "**أكلّ ولدك نحلته هذا؟**" قال: لا، قال: "**فأشهد غيري فإنّي لا أشهد على جور**".[2]

فالتّرك هنا يدلّ على عدم المشروعيّة، فالاستدلال بالتّرك أصل من الأصول وبه استدلّ المالكيّة على إسقاط الزّكاة في الخضروات بتركه ﷺ أخذ الزّكاة منها، مع دخولها في عموم قوله: "**فيما سقت السماء والعيون أو كان عثرياً العشر وفيما سقي بالنّضح نصف العشر**"[3].

واستدلّوا أيضاً على عدم وجوب الوضوء ممّا مسّت النّار بحديث ابن عبّاس: "**أنّ** رسول **الله** ﷺ أكل كتف **شاة ثمّ** صلّى **ولم يتوضّأ**"[4].

الفرع الرّابع: حكم السّنّة التّقريريّة عند المالكيّة.

ومعناه أن يفعل في حضرته ﷺ فعلٌ أو يُقال قولٌ ولا ينكره فهو يدلّ على أنّه لا حرج في الفعل الذي رآه أو القول الذي سمعه، وما لا حرج فيه يشمل أموراً ثلاثة: المباح والمندوب والواجب، والقرائن هي التي تدلّ على واحد منها، وأمّا المكروه فلا يدخل فيها لأنّ المكروه مطلوب التّرك وسكوته ﷺ

1- حسين حامد حسان، أصول الفقه، ص256.

2- متفق عليه، البخاري، رقم2086، ومسلم رقم 1632.

3- البخاري ومسلم ومالك، كتاب الزّكاة.

4- البخاري ومسلم ومالك، كتاب الطّهارة، باب ترك الوضوء ممّا مست النار، رقم 50.

وعدم إنكاره يؤذن بالتّسوية بين الفعل والتّرك، فلم يصحّ السّكوت[1].

يقول أبو الوليد الباجي: "وإذا فعل بحضرة النّبيّ ﷺ فعلٌ ولم يظهر منه نكير، دلّ على جوازه، نحو ما روي عنه ﷺ أنّه سلّم من اثنتين فقال ذو اليدين: أقصرت الصّلاة أم نسيت يا رسول الله؟ فلم ينكر عليه ﷺ الكلام في الصّلاة ليفهم الإمام معنى السّهو وأقرّه على ذلك فدلّ على جوازه وصحّته، وكذلك إن فعل في زمنه فعل شنيع ويظهر ولا يخفى مثله، دلّ ذلك على إباحته نحو ما كان من الصّحابة يقتنون الخيل في زمنه ﷺ ويشيع ذلك فيهم ولا يخرج أحد منهم زكاتها، ولم ينكر ذلك عليهم النبيّ ﷺ فدلّ ذلك على أنّه لا زكاة فيها.

والدّليل على ذلك أنّ ما ليس بجائز منكر، لأنّ ذلك إلباساً على الأمّة، واتّهاماً لإباحة المنكر، وترك البيان والنّبيّ ﷺ مأمور بالبيان والبلاغ، فثبت ما قدّمناه"[2].

وقال ابن جزي: "وأمّا لإقراره فهو أن يسمع شيئاً فلا ينكره أو يرى فعلاً فلا ينكره، مع عدم الموانع، فيدلّ ذلك على جوازه..."[3].

قال صاحب المراقي[4]:

فالصّمت للنّبيّ عن فعل عُلم *** به جواز الفعل منه قد فُهم

1- الشّاطبي، الموافقات، 4/65.

2- الباجي إحكام الفصول، 1/325.

3- ابن جزي الغرناطي، تقريب الوصول إلى علم الأصول، ص117.

4- نثر الورود، 1/363.

الفرع الخامس: الخبر المرسل عند المالكيّة.

المرسل في اللّغة من الإرسال، وهو الإطلاق وعدم التّقييد، وأمّا في اصطلاح المحدّثين فمعناه: ما أضاف التّابعيّ إلى النّبيّ ﷺ من قول أو فعل أو تقرير[1].

وعند الفقهاء والأصولين فالمرسل هو: أن يقول غير الصّحابيّ: قال رسول الله ﷺ سواء كان تابعيّاً صغيراً أم كبيراً أو غير تابعي مطلقاً، وعليه فالمرسل بالاصطلاح الأصولي يشمل المنقطع والمعضل في اصطلاح أهل الحديث[2].

قال صاحب المراقي[3]:

ومرسلٌ قولةُ غير من صحب *** قال إمام الأعجمين والعرب
عنـد المحدّثين قول التّابعـي *** أو الكبير قـال خيرُ شافـع

ومذهب المالكيّة أنّ المرسل حجّة ولكنّ المسند أولى منه وفي ذلك يقول صاحب المراقي[4]:

وهو حجّة ولكن رُجّحا *** عليه مسندٌ وعكسٌ صُحّحا

وحجّة المالكيّة في ذلك أنّ العدل لا يُسقط الواسطة مع الجزم برفع الخبر إلى النّبيّ ﷺ إلاّ لجزمه بثقة الواسطة التي لم تذكر وإلاّ كان مدلّساً تدليساً

1- نثر الورود،، 407/1.
2- محمد الخضري، أصول الفقه، ص205.
3- نثر الورود، 407/1.
4- المصدر نفسه.

قادحاً في عدالته، والفرض أنّه عدل[1].

وقد تضمّن موطّأ مالك –رحمه الله- شواهد كثيرة تدلّ على احتجاجه بالمرسل من ذلك:

1- **حديث الشّاهد واليمين:** قال مالك عن جعفر بن محمّد عن أبيه: **"أن رسول الله ﷺ قضى باليمين والشّاهد"**[2].

2- **حديث في الشّفعة:** عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيّب عن أبي سلمة ابن عبد الرّحمن بن عوف أنّ رسول الله ﷺ: "قضى بالشّفعة فيما لم يقسم بين الشّركاء فإذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة فيه"[3].

3- حديث الجلد: عن زيد بن أسلم أنّ رجلاً اعترف على نفسه بالزّنا فدعا له رسول الله ﷺ بسوط فأمر به رسول الله ﷺ فجلد، ثمّ قال: **"أيّها النّاس قد آن أن تنتهوا عن حدود الله تعالى، من أصاب من هذه القاذورات شيئاً فليستتر بستر الله، إنّه من يبدي صفحته لنا نقم كتاب الله"**[4].

ومعلوم أنّ المالكيّة لهم شروط في الأخذ والاحتجاج بالخبر المرسل وهي:

1- أن يكون الرّاوي المرسل للحديث عدلاً.
2- أن يكون الرّاوي المرسل محترزاً لا يروي إلاّ عن الثّقات.

يقول أبو زهرة: "ولمّا كان مالكٌ يقبل المرسلات، ويقبل البلاغات،

---

[1]- نشر الورود، 408/1.

[2]- مالك في الموطّأ، كتاب الأقضية، باب القضاء باليمين مع الشّاهد، رقم 1428، ص362.

[3]- الموطّأ، كتاب الشّفعة، باب ما تقع فيه الشّفعة، رقم 1420، ص357.

[4]- الموطّأ، كتاب الحدود، باب ما جاء فيمن اعترف على نفسه بالزّنى، رقم 1562، ص418.

ويفتي على أساسها، مع أنّه كان يتشدّد فيه والجواب على ذلك هو: أنّ قبول المرسل إنّما كان من رجال وثق بهم وانتقاهم، فهو كان يتشدّد في البحث عن الرّجل الذي يكون ثقة، فإذا كان مستوفياً بكلّ شروطه اطمأنّ إليه، وقبل منه مسنده، وقبل مرسله وبلاغه، فالتّشديد في الاختيار هو سبب الاطمئنان وقبول الإرسال"[1].

وللمرسلات المالكيّة منزلة رفيعة عند علماء الحديث يقول ابن عبد البر: "ومن اقتصر على حديث مالك –رحمه الله– فقد كفي تعب التّفتيش والبحث، ووضع يده من ذلك على عروة وثقى لا تنفصم، لأنّ مالكاً قد انتقد وانتقى وخلص ولم يرو إلاّ عن ثقة حجّة"[2].

الفرع السّادس: خبر الواحد وظاهر القرآن عند المالكيّة.

من خلال مراجعة مصادر الفقه المالكي وموطأ الإمام مالك تبيّن للباحثين أنّ المذهب المالكيّ يقدّم ظاهر القرآن على خبر الواحد، ويدلّ على ذلك شواهد عديدة نذكر منها:

1- **الحجّ على الميّت والعاجز:** أخرج مالك عن ابن عبّاس قال: "كان الفضل بن العبّاس رديف رسول الله ﷺ فجاءته امرأة من خثعم تستفتيه، فقالت: يا رسول الله، إنّ فريضة الله في الحجّ أدركت أبي شيخاً كبيراً، لا يستطيع أن يثبت على الرّاحلة أفأحجّ عنه؟ قال: نعم..." فظاهر هذا الحديث

---

[1]- محمد أبو زهرة، مالك حياته وعصره وآراؤه وفقهه، ص236.
[2]- ابن عبد البر، التّمهيد، 1/142.

أنّ من لم يستطع الحجّ بنفسه أنّه يخاطب به، ورأى مالك أنّ هذا مخالف لشرط الاستطاعة المذكورة في قوله تعالى: ﴿ **ولله على النّاس حجّ البيت من استطاع إليه سبيلاً** ﴾ (سورة آل عمران، 97)، وجاء في المدوّنة ما يعضد هذا "قلت: وكان مالك يكره أن يتطوّع الولد من مال نفسه فيحجّ عن أبيه قال: نعم هذا لم يزل قوله، وكان يقول: لا يعمل أحدٌ عن أحد"[1].

2- **الصّيام عن الميّت:** أخرج البخاري ومسلم عن عائشة رَضِيَٱللَّهُعَنۡهَا أنّ رسول الله ﷺ قال: "**من مات وعليه صيام صام عنه وليّه**" ولم يعمل الإمام مالك بهذا الحديث لأنّه معارض لقوله تعالى: ﴿ **ولا تكسب كلُّ نفس إلاّ عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى** ﴾ (سورة الأنعام164).

3- غسل الإناء من ولوغ الكلب: أخرج مالك والبخاري عن أبي هريرة رَضِيَٱللَّهُعَنۡهُ أنّ رسول الله ﷺ قال: "**إذا شرب الكلب في إناء أحدكم فليغسله سبع مرّات**"[2]، فمقتضى هذا الحديث أنّ لعاب الكلب نجس وسؤره نجس، لكنّ مالكاً ذهب إلى خلاف ذلك فقد اعتبر لعاب الكلب وسؤره طاهرين، أمّا غسل الإناء من ولوغ الكلب فقد حمله على سبيل الاستحباب لا الوجوب، لأنّه معارض بظاهر القرآن في قوله تعالى: ﴿ **فكلوا ممّا أمسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه واتّقوا الله إنّ الله سريع الحساب** ﴾ (سورة المائدة 4)، فقد أباحت أكل صيد الكلب الذي يختلط به لعابه عند إمساكه بفيه.

---

[1]- المدوّنة الكبرى، 125/3، ومالك الموطّأ ص152.

[2]- مالك، الموطّأ، كتاب الطّهارة، باب جامع الوضوء، رقم67، ص31.

وفي ذلك يقول الشّاطبيّ: "وأمّا الثّالث وهو الظّنّيّ المعارض لأصل قطعيّ، ولا يشهد له أصل قطعيّ فمردود بلا إشكال، والدّليل على ذلك:

أحدهما: أنّه مخالف لأصول الشّريعة، ومخالف أصولها لا يصحّ لأنّه ليس منها، وما ليس من الشّريعة كيف يعدّ منها؟.

والثّاني: أنّه ليس له ما يشهد بصحّته، وما هو كذلك ساقط في الاعتبار"[1].

الفرع السّابع: معارضة خبر الواحد للقياس عند المالكيّة:

اختلف النّقل عن مالك في هذه المسألة على النّحو التّالي:

1-النّقل الأوّل:

إذا تعارض القياس وخبر الواحد فإنّ التّقديم للخبر، وقد رواه المدنيّون عن مالك[2]، وصحّحه القرطبيّ من قول مالك، قال: "وهذا هو الصّحيح من مذهب مالك وغيره من المحقّقين"[3]، وقد شهّر هذا النّقل القاضي عياض[4].

وهو ظاهر ما نسبه ابن أبي زيد القيرواني لمالك حيث قال: "والتّسليم للسّنن لا يُعارض برأي ولا تُدفع بقياس"[5].

وهو ما نسبه ابن عبد البر أيضاً، وهذا النّقل رجّحه من متأخّري المالكيّة العلاّمة محمد الأمين الشّنقيطي، فقد قال: "واعلم أنّ ما يذكره بعض علماء

1- الشّاطبيّ، الموافقات، 3/13.

2- حلولو، شرح التّوضيح، ص333.

3- القرطبي، المفهم، 4/372.

4- القاضي عياض، إكمال المعلّم، 5/145.

5- القاضي عياض، الشّبهات المستنبطة، ص149.

الأصول من المالكيّة وغيرهم عن الإمام مالك –رحمه الله– من أنّه يقدّم القياس على خبر الواحد خلاف التّحقيق، والتّحقيق أنّه –رحمه الله– يُقدّم أخبار الآحاد على القياس واستقراء مذهبه يدلّ على ذلك دلالةً واضحةً"[1].

2–النّقل الثّاني:

أنّ القياس مقدّم على خبر الواحد في حال التّعارض وقد نسب هذا المذهب لمالك –رحمه الله–: أبو الفرج، وأبو بكر الأبهري، والقاضي عبد الوهّاب، والقاضي ابن القصّار[2].

وهو ظاهر كلام الإمام القرافي فقد اختاره واحتجّ له، قال ابن عاشور: "وقد ذكر ابن العربي في "العواصم" عن مذهب مالك ردّ الخبر لمخالفته لأصول الشّريعة، والقياس الجلي والأصول، وكذا بعض أنواع المناسبة من الأصول، ولا شبهة أنّ القياس الجليّ إثبات حكم بالحمل على إثبات حكم معلوم، واتّحاد العلّة يوجب اتّحاد الحكم وإلاّ لزم العبث، أمّا الخبر فيحتمل الغلط والرّواية بالمعنى وغير ذلك"[3].

التّرجيح:

الذي رجّحه كثيرٌ من الباحثين أنّ مالكاً يُقدّم الحديث الآحاد متى ما صحّ عنده على ما يقتضيه القياس والنّظر، ودليل ذلك نصوص كثيرة منقولة عن مالك مقتضاها أنّ العالم ليس له أن يعترض السّنّة الثّابتة برأيه واجتهاده.

1– الشنقيطي، أضواء البيان، 4/229.

2– حاتم باي، التّحقيق، ص312.

3– ابن عاشور، حاشية التّصحيح والتّوضيح، 2/157.

وسبب خطأ من نسب إلى مالك تركه لخبر الواحد إذا خالف القياس والنّظر[1]:

1-أنّ مالكاً كثيراً ما يتشدّد في قبول الحديث -على عادته- فلا يكون له حديث في الباب ثابت فيقول برأيه.

2-وقد لا يبلغ الحديث مالكاً فلا يقول به.

3-قد يترك الحديث لمعارض أقوى كعمل أهل المدينة، وظاهر الكتاب وغيره، ويكون القياس مساعداً لهذا الدّليل الأقوى فيحسب من تعجّل في الحكم أنّ مالكاً يردّ الخبر بالقياس.

4-وقد يجمع مالكٌ بين القياس والحديث، فيعمل بهما فيظنّ أنّ مالكاً -رحمه الله وحاشاه- قد تنكّب عن الأخذ بالحديث تمسّكاً منه بالقياس.

[1]- حاتم باي، التّحقيق، ص332.

المطلب الثالث: دليل الإجماع

الفرع الأوّل: تعريف الإجماع:

الإجماع من الأدلّة الشّرعيّة وهو يكون شرعياً كالإجماع على حلّيّة البيع والنّكاح، وعقلياً كإجماع من يعتدّ بهم على حدوث العالم ولغويّاً ككون الفاء للتّعقيب، ودنيوياً كتدبير الجيوش.

والإجماع في اللّغة: مصدر أجمع وهو مشترك لغة بين أمرين: أحدهما العزم والتّصميم، والثّاني: الاتّفاق، وهو المناسب للإجماع الذي هو أحد الأدلّة.

والإجماع في الاصطلاح: هو اتّفاق المجتهدين من أمّة النّبيّ ﷺ بعده في عصر من العصور على حكم شرعي[1].

قال صاحب المراقي[2]:

وهو الاتّفاق من مجتهدي *** الأمّة من بعد وفاة أحمد

الفرع الثّاني: حجيّة الإجماع:

إذا انعقد الإجماع بمعناه الأصولي فهو حجّة ملزمة بحيث لا يسع أحداً مخالفته والأدلّة على حجّيّته من الكتاب والسّنّة كثيرة نكتفي بذكر دليل من كلّ:

1-دليل حجّيّته من القرآن: قوله تعالى: ﴿ **ومن يشاقق الرّسول من بعد ما تبيّن له الهدى ويتّبع غير سبيل المؤمنين نولّه ما تولّى ونصله جهنّم وساءت**

1- حسين حامد حسان، أصول الفقه، ص257.

2- نثر الورود، 2/425.

مصيراً ﴾ (سورة النّساء 115)، فقد توعّد الله بعذاب جهنّم كلّ من شاقّ الرّسول ﷺ واتّباع غير سبيل المؤمنين الذي ارتضوه لأنفسهم وساروا عليه من أحكام[1].

2-دليل حجّيّته من السّنّة: قوله ﷺ:**"لا تجتمع أمّتي على ضلالة"**[2]، فقد أفاد الحديث عصمة الأمّة من الخطأ والزّلل، وبذلك يكون قولها حجّة يجب العمل به[3].

ولكنّ منكر الإجماع –كالشّيعة والخوارج والنّظّام من المعتزلة– لا يكفّر مع إتيانه لبدعة يحقّ أن يذمّ عليها، يقول صاحب المراقي[4]:

ولا يُكفَّرُ الذي قد اتّبع *** إنكار الإجماع وبئس ما ابتدع

الفرع الثّالث: أقسام الإجماع.

ينقسم الإجماع إلى نوعين: إجماع صريح، وإجماع سكوتي.

1-الإجماع الصّريح: هو أن تتّفق آراء جميع المجتهدين بإعلان آرائهم صراحةً في مسألة، وهو حجّة قطعيّة.

2-الإجماع السّكوتي: وهو أن يعلن بعض المجتهدين على رأيهم في المسألة

1- محمد الخضري، أصول الفقه، ص265.

2- رواه بن أبي عاصم في السنة، 1/2 ورقم 79، وصحّحه الألباني في السلسلة الصّحيحة برقم 1331.

3- الباجي، إحكام الفصول، 1/ 454.حسين حامد حسّان، أصول الفقه، ص260.

4- نثر الورود، 2/439

ويسكت البعض الآخر بعد علمهم بهذا القول من غير إنكار ولا مخالفة، وذلك يتحقّق إذا أفتى أحد المجتهدين أو جمع منهم بحكم معيّن في واقعة أو نازلة خاصة، ثمّ يبلغ ذلك الحكم بقيّة المجتهدين فيسكتون ولا يعترضون على هذه الفتوى بعد البحث والدّراسة والتّأمّل[1].

ومذهب المالكيّة أنّه حجّة ظنّيّة تنزيلاً للسّكوت منزلة الرّضا والموافقة، إلاّ إذا ثبت ما يدلّ على سخط السّاكت وعدم رضاه.

قال صاحب المراقي[2]:

وجعل من سكت مثل من أقرَّ *** فيه خلافٌ بينهم قد اشتهر
فالاحتجاج بالسّكوتيّ نمى *** تفريعه عليه من تقدّما
وهو بفقد السّخط والضدّ حري *** مع مضي مهلة للنّظر

الفرع الرّابع: مسائل في الإجماع:

هناك مسائل في الإجماع كثيرة يطرحها الأصوليّون في كتاباتهم نقتصر على ذكر أهمّها مركّزين على مذهب المالكيّة فيه:

المسألة الأولى: إذا اختلف المجتهدون في مسألة إلى قولين فهل معناه أنّهم مجمعون على عدم إحداث قول ثالث؟

في هذه المسألة ثلاثة أقوال:

1-قال أكثر الأصوليّين لا يجوز إحداث قول ثالث، لأنّهم أجمعوا على

1- المصدر السابق، ص258.

2- نثر البنود، 438/2.

رأيين، وإحداث رأي ثالث خرق للإجماع.

2-وقال الظّاهريّة يجوز إحداث قول ثالث فمتى حدث الاختلاف في مسألة ما فلا وجود للإجماع لأنّ الإجماع هو الاتّفاق على قول واحد.

3-وذهب الآمدي وابن الحاجب من المالكيّة إلى التّفصيل:

-إن كان القول الثّالث يرفع ما اتّفقوا عليه فلا يجوز، لأنّه إبطال لما أجمعوا عليه.

-وإن كان لا يرفعه جاز لعدم مخالفتهم لما أجمعوا عليه.

فمثلاً اختلف الصّحابة في إرث الجدّ مع الإخوة، فبعضهم قال: إنّ الجدّ يحجب الإخوة وبعضهم قال: يرث معهم، فالفريقان أجمعا على توريث الجدّ، فإحداث قول ثالث بعدم توريث الجدّ خرقاً للإجماع[1].

يقول صاحب المراقي[2]:

وخرقه فامنع لقول زائد *** إذ لم يكن ذاك سوى معاند

وقيل إن خرق والتّفصيل *** إحـــداثه منعه الدّليـــل

المسألة الثّانية: هل يشترط في صحّة الإجماع انقراض العصر؟

في هذه المسألتان مذهبان[3]:

الأوّل: مذهب الجمهور، ومنهم المالكيّة وهو انعقاد الإجماع بمجرّد صدور الفتوى من المجتهدين، ويصير واجب الاتّباع من الأمّة، وليس لأحد

1- محمد الخضري، أصول الفقه، ص241.

2- نثر الورود، 2/434.

3- المصدر نفسه، 2/429.

مخالفته أو الخروج عنه، فلا يشترط عندهم انقراض العصر لانعقاد الإجماع.

الثّاني: ذهب الإمام أحمد وأبو الحسن الأشعري وأبو بكر بن فورك إلى اشتراط انقراض العصر بموت جميع المجتهدين المجمعين، لاحتمال رجوع أحدهم عن رأيه لما يتبيّن له دليل يوجب رجوعه سواء نصّ شرعي أو غيره.

يقول صاحب المراقي[1]:

ثمّ انقراض العصر والتّواتر *** لغو على ما ينتحيه الأكثر

المسألة الثّالثة: هل ينسخ الإجماع بعد انعقاده؟

في هذه المسألة قولان:

الأوّل: وهو قول الجمهور والمالكيّة وقد ذهبوا إلى عدم إمكانيّة النّسخ بعد انعقاد الإجماع، لأنّ اتّباع الإجماع واجب ومخالفته حرام، ولذا لا يجوز نسخه ولو بإجماع آخر.

الثّاني: وذهب بعض العلماء إلى إمكان إبطال الإجماع السّابق لكونه مبنيّا على اجتهاد ناسب أهل ذلك العصر، لاسيما إذا كان مستنده المصلحة أو العرف[2].

المسألة الرّابعة: هل يشترط لانعقاد الإجماع مستند ظنّي أو قطعي؟

مستند الإجماع هو الدّليل الذي يعتمد عليه المجتهدون فيما أجمعوا عليه كالنّصّ أو السّنّة أو القياس أو المصلحة المرسلة أو العرف... .

ومن ذلك الإجماع على تحريم شحم الخنزير قياساً على لحمه، وتحريم القضاء في حالة الجوع والعطش المفرطين قياساً على الغضب لجامع تشويش

1- نثر الورود، 2/429.

2- محمد الخضري، أصول الفقه، ص245.

الفكر، وإجماع الصّحابة على جمع القرآن في مصحف واحد استناداً إلى المصلحة المرسلة، وإجماعهم على عدم تقسيم الأرض المفتوحة بالعراق في عهد عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مراعاة لمصلحة تأمين مورد دائم لبيت المال بغرض استمرار دخل الخراج في بيت مال المسلمين للإنفاق على القضاء والعمّال والجند المحتاج إليهم تحقيقاً للمصالح العامة للأمّة.

يقول صاحب المراقي[1]:

وما عرى منه على السَّنيّ *** من الأمارة أو القطعيّ

ومراده بالسّنيّ، أي: على المذهب الرّاجح وهو قول المالكيّة[2].

وقد خالف في ذلك من المالكيّة العلامة محمد الأمين الشّنقيطي حيث قال معلّقاً على البيت السّابق: "ما ذكر المؤلّف في هذا البيت تبعاً لغيره من أنّ الإجماع يُردّ إذا لم يستند إلى دليل قطعيّ أو ظنّي غير ظاهر عندي لأنّ النّبيّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إذا صرّح بأنّ أمّته لا تجتمع على ضلالة فكيف يسوغ لأحد ردّ إجماعها زاعماً أنّه ليس له مستند قطعي أو ظنّي؟ وأيّ مستند أقوى من قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "**لا تجتمع أمّتي على ضلالة**"[3]، وقوله:"**لا تزال طائفة من أمّتي ظاهرين على الحقّ**..."[4] الحديث فالحجّة القاطعة في إجماعهم لا في مستندهم، والأولى ما ذكره بعض الأصوليّين من أنّ صورة الخلاف هي هل يمكن أن ينعقد الإجماع

---

[1]- نثر الورود، 432/2.

[2]- محمد الأمين الشنقيطي، نثر الورود على مراقي السّعود، 433/2.

[3]- سبق تخريجه.

[4]- متفق عليه، أخرجه البخاري في كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة ومسلم في كتاب الإمارة وكتاب الإيمان.

دون مستند من كتاب أو سنّة بأن يُلهموا الصّواب فيتّفقوا عليه، أو لا يمكن انعقاده إلاّ بمستند من كتاب أو سنّة؟ أمّا بعد فرض انعقاده فلا يمكن ردّه لما تقدّم"[1].

وخلاصة القول في استدلال المالكيّة بأصل الإجماع أنّ هذا الأخير قد حظي بمكانة كبيرة في مذهب المالكيّة أوفر من المكانة التي تبوّأها عند المذاهب الأخرى، ومن ذلك أنّ مالكاًكان أكثر الأئمّة ذكراً للإجماع واحتجاجاً به، وبتصفّح الموطّأ نجد مالكاً يذكر في عدّة مواضع حكم المسألة على أنّه مجمع عليه، يتّخذ ذلك مرتكزاً للإفتاء به مع ملاحظة أنّ الإجماع عنده يشمل الإجماع العام الذي يشير إليه ببعض العبارات في الموطّأ مثل قوله: "وذلك الأمر الذي لا اختلاف فيه"، كما يشمل الإجماع عنده إجماع أهل المدينة، وورد الاحتجاج به في جلّ أبواب الموطّأ وهو ما يعبّر عنه بمثل قوله: "الأمر المجمع عليه عندنا"[2].

وهذا الدّليل هو الذي نتحدّث عنه بإذن الله تعالى في المطلب الموالي.

---

[1]- الشنقيطي، نثر الورود على مراقي السعود، 2/433- 434.

[2]- نصيف العسري، الفكر المقاصدي عند الإمام مالك وعلاقته بالمناظرات الأصوليّة والفقهيّة، ص500.

المطلب الرّابع: دليل عمل أهل المدينة

من أمّهات مسائل الفقه المالكي وقواعده عمل أهل المدينة فقد اعتبره مالك أصلاً فقهيّاً في استدلالاته، واحتجّ به في قضايا كثيرة، واستعمل في نقله صيغ وعبارات متعدّدة، ورغم كلّ هذا لم يرد عنه ما يبيّن مدى ما يعتبر لهذا الدّليل من الحجّيّة والاعتبار، ممّا جعل الانتقاد الموجّه للمالكيّة شديداً بل شنيعاً أحياناً ليس من فقهاء المذاهب الأخرى فحسب ولكن حتّى من فقهاء المالكيّة أنفسهم؛ كأبي الوليد الباجي وغيره من فقهاء المذهب[1].

وتجدر الإشارة إلى أنّ من انتقد المالكية في حجيّة العمل نظر إليه من غير منظور المالكيّة، فاختلط عليهم الأمر فراحوا يتكلّمون عنه كما لو أنّهم يتكلّمون عن الإجماع الأصولي، أو عن أمر ابتدعه مالك وأصحابه، أو أمر يتعلّق بالثّناء على المدينة وأهلها[2].

ومن ثمّ جاء كلامهم مناقضاً لما عليه رأي المالكيّة لأن الحكم على الشّيء فرعٌ عن تصوّره، فاختلفت الآراء وتضاربت تبعاً لاختلاف التّصوّر الذي انطلق منه كلّ فريق، وسوف نقتصر بإذن الله في هذا المختصر على أهمّ المسائل التي تظهر لنا مفهوم العمل ووجهة نظر المالكيّة فيه وبعض تطبيقاته وذلك في الفروع التّالية:

---

[1]- الباجي، إحكام الفصول، 480.

[2]- ابن فرحون، تبصرة الحكّام، 1/ 61.

الفرع الأوّل: مفهوم عمل أهل المدينة عند المالكيّة.

عمل أهل المدينة هو ما اتّفق عليه العلماء والفضلاء بالمدينة كلّهم أو أكثرهم في زمن الصّحابة والتّابعين، سواء أكان سنده نقلاً أو اجتهاداً[1].

قال صاحب المراقي[2]:

وأوجبن حجّة للمــــدني *** فيما على التّوقيف أمره بُني

وقيل مطلقاً وما قد أجمعـا *** عليه أهلُ البيت ممّا مُنـــعا

وينقسم عمل أهل المدينة إلى قسمين:

القسم الأوّل: عمل سنده النّقل والحكاية: نقله الكافة عن مثلها من زمن النّبيّ ﷺ، وهذا القسم على أربعة أنواع:

1-نقل قول عن النّبيّ ﷺ كالآذان والإقامة وترك الجهر بالبسملة في الصّلاة، وألفاظ الوقوف والأحباس.

2-نقل فعله ﷺ كالصّاع والمدّ المستعملين في الزّكاة والكفّارات.

3-نقل إقراره ﷺ لما شاهده من أصحابه ولم ينقل عنه إنكار، مثل: السّلم والمضاربة والمزارعة.

4-نقل تركه ﷺ مثل تركه أخذ الزّكاة من الخضراوات.

القسم الثّاني: عمل سنده الاجتهاد والاستدلال: والمراد به عمل الصّحابة والتّابعين، وقسّم هذا النّوع إلى قسمين وهما:

1- بوساق، المسائل التي بناها الإمام مالك على عمل أهل المدينة، 1/77.

2- نثر الورود، 2/431- 432.

1-العمل القديم المتّصل وهو عمل الصّحابة رضوان الله عليهم.

2-العمل الاجتهادي المتأخّر، وهو الذي كان في زمن التّابعين.

الفرع الثّاني: حجّيّة عمل أهل المدينة.

للمالكية تفصيل في حجّيّة عمل أهل المدينة، نبيّنه فيما يلي:

أوّلاً: ما كان طريقه النّقل: وقد اتّفق المالكيّة على حجّيّته.

قال القاضي عياض: "فهذا النّوع من إجماعهم حجّة يلزم المصير إليها، ويترك ما خالفه من خبر واحد أو قياس فإنّ هذا النّقل محقّق معلوم موجب للعلم القطعيّ فلا يترك لما توجبه غلبة الظّنون..."[1].

وأساس حجّة هذا النّوع من العمل يقوم على اعتباره من قبيل النّقل المتواتر الذي يعتبر حجّة قطعيّة، وما كان قطعيّاً يقدّم على الظّنّيّ من أخبار الآحاد والقياس.

ويقول القاضي عبد الوهّاب: "ودليلنا على كونه حجّة: اتّصال نقله على الشّرط المراعى في التّواتر من تساوي أطرافه، وامتناع الكذب والتّواطؤ على ناقليه.."[2].

وقال ابن رشد: "وكذلك إجماع أهل المدينة عنده -أي مالك- من جهة النّقل حجّة تجري مجرى نقل التّواتر لأنّهم إذا أجمعوا على أمر من الأمور فلا يخلو من أن يكونوا أخذوه توقيفاً أو رآهم النّبيّ ﷺ فأقرّهم ولم يتعرّض

---

[1]- القاضي عياض، ترتيب المدارك، 332/2.

[2]- القاضي عبد الوهاب، المعونة، 1744/3.

للنّهي عنه ولا أنكره، وأيّ ذلك كان فقد حصل النّقل له من جميعهم والتّواطؤ عليهم من كافتهم فوجب أن يقدّم على غيره"[1].

وقد أقرّ غير المالكيّة بحجّيّة هذا النّوع ومنهم ابن تيمية وتلميذه ابن القيّم، فقال هذا الأخير: "هذا النّقل وهذا العمل حجّة يجب اتّباعها وسنّة متلقّاة بالقبول على الرّأس والعينين، وإذا ظفر العالم بذلك قرّت به عينه واطمأنّت إليه نفسه"[2].

ثانياً: ما كان طريقه العمل الاجتهادي:

أ-العمل القديم المتّصل: الواقع في عصر الصّحابة، فالإمام مالك يعتبره من الإجماعات الاجتهاديّة استمرّ الاتّفاق عليها، ومن ثمّ فهي حجّة شرعيّة لا يسوغ خلافها.

ويدلّ على ذلك ما جاء في المدوّنة، قال مالك: "بعث إليّ الأمير وأراد أن يُنقص من قيام رمضان الذي يقومه النّاس بالمدينة، قال ابن القاسم: وهو تسع وثلاثون ركعةً بالوتر ست وثلاثون ركعة والوتر ثلاث، قال مالك: فنهيته أن يُنقص من ذلك شيئاً، وقلت له: هذا ما أدركت النّاس عليه وهذ الأمر القديم الذي لم تزل النّاس عليه"[3].

وقد أيّد الشّاطبيّ حجّيّة العمل القديم المتّصل، فقال في الموافقات: "إنّما يراعى كلّ المراعاة العمل المستمرّ والأكثر، ويترك ما سوى ذلك وإن جاء فيه

---

[1]- ابن رشد، البيان والتّحصيل، 332/17.

[2]- ابن القيّم، إعلام الموقّعين، 382/2.

[3]- المدوّنة، 193/1.

أحاديث، وكان ممّن أدرك التّابعين وراقب أعمالهم وكان العمل المستمرّ فيهم مأخوذاً عن العمل المستمرّ فيهم مأخوذاً عن العمل المستمرّ في الصّحابة ولم يكن مستمرّاً فيهم إلاّ وهو مستمرّ في عمل رسول الله ﷺ أو في قوّة المستمرّ"[1].

ب- العمل الاجتهادي المتأخّر: وهو الواقع بعد عصر الصّحابة إلى عصر مالك فهذا مختلف في حجّيّته.

القول الأوّل: فقد قرّر معظم المالكيّة أنّه ليس بحجّة ولا فيه ترجيح على غيره من الأدلّة الظّنّيّة، وليس فيه مزيّة على ما سواه من الاجتهادات المخالفة له، وهو قول القاضي عياض وأبي الوليد الباجي والقرافي[2].

القول الثّاني: وهو ما ذهب إليه بعض المالكيّة أنّه ليس بحجّة ولكن به مزيّة يترجّح بها على خصوص اجتهاد غيرهم، وهو قول القاضي عبد الوهّاب وابن رشد الجد والقرطبي، يقول القاضي عبد الوهّاب: "وإذا ثبت أنّه ليس بحجّة ولا يحرم مخالفته فهو أولى من اجتهاد غيرهم، إذا اقترن بأحد الخبرين المتعارضين رجح به على ما عري منه"[3].

وقال ابن رشد: "لو حصل إجماعهم من طريق القياس لوجب أن يقدّم على قياس غيرهم، لأنّهم وإن شاركوا أهل الأمصار في مقامات العلم فقد

1- الشّاطبي، الموافقات، 3/145.
2- محمّد الأمين الشنقيطي، نثر الورود على مراقي السّعود، 2/432.
3- القاضي عبد الوهاب، المعونة، 3/1745.

زادوا عليهم بمشاهدة الوحي وترتيب الشّريعة، ووضع الأمور في مواضعها، والعلم بناسخ القرآن ومنسوخه، وما استقرّ عليه آخر أمر النّبيّ ﷺ"[1].

القول الثّالث: وقد ذهب جماعة من مالكيّة المغرب إلى اعتبار العمل الاجتهادي حجّة عند مالك، وتمسّكوا بأنّ أهل المدينة أعرف بوجوه الاجتهاد وأبصر بطريق الاستنباط، وقد رجّح أبو زهرة هذا بأنّه قول مالك، فقال: "مالك –رحمه الله– عندما كان يحتجّ بالأمر المجتمع عليه في بلده ما كان يقتصر على الأمور التي لا تعرف إلاّ بالتّوقيف؛ بل كان يذكر ذلك في أمور للرّأي فيها مجال"[2].

والذي عليه المحقّقون من المالكيّة أنّه ليس بحجّة معتبرة، ولا يصحّ عن مالك اعتماده، قال ابن الفخّار في الانتصار لأهل المدينة: "إلاّ الإجماع الذي هو من طريق الاجتهاد والاستنباط والاستدلال فليس أهل المدينة أولى به من غيرهم من علماء الأمصار، لأنّ طريق الاستدلال مبذول مفتوح لأهل العلم، جعلهم الله فيه شرعاً (مثلاً) واحداً، وإن كان قد يفضل بعضهم على بعض في الفهم، وعلى هذا مضى السّلف الصّالح من الصّحابة والتّابعين ومن بعدهم من الأئمّة مالك وأصحابه ومن بعده إلى يومنا هذا..."[3].

وهو نفس قول القاضي عبد الوهّاب والقاضي عياض وأبو الوليد الباجي وغيرهم من علماء المذهب ما عدا من ذكرنا من أصحاب هذا القول الثّالث،

---

[1]– ابن رشد، البيان والتّحصيل، 332/17.

[2]– أبو زهرة، مالك، ص286.

[3]– ابن الفخّار، الانتصار لأهل المدينة، ص40.

قال عنهم القاضي عبد الوهّاب: "إنّ هذا ليس إجماعاً، ولا حجّة عند المحقّقين، وإنّما يجعله حجّة لبعض أهل المغرب من أصحابه وليس هؤلاء من أئمّة النّظر والدّليل وإنّما هم أهل التّقليد"[1].

الفرع الثّالث: معارضة عمل أهل المدينة لخبر الآحاد.

عمل أهل المدينة قد يكون وحده، وقد يكون معه خبر يوافقه وقد يكون معه خبر يخالفه، وقد يكون معه خبر موافق وآخر مخالف، فهذه صور أربعة نختصرها فيما يلي:

الصّورة الأولى: عمل أهل المدينة إذا كان وحده.

أي لم يكن هناك خبر بالوفاق ولا بالخلاف، وتصدق هذه الصّورة غالباً على النّقل المستفيض المتواتر، الذي يعود أساساً إلى سنّة ثابتة مستقرّة عند أهل المدينة، وذلك مثل: الأحباس والمدّ والصّاع ونحوها، وهذه الصّورة لا يختلف المالكيّة في أنّها حجّة معتمدة.

الصورة الثّانية: عمل أهل المدينة إذا كان معه خبر يوافقه:

وهو آكد عند المالكيّة في صحّة الخبر ووجوب العمل به، ومن أمثلة هذه الصّورة:

1-**حديث الشّاهد** واليمين: قال مالك عن جعفر بن محمّد عن أبيه: **"أنّ رسول الله ﷺ قضى باليمين والشّاهد"**، وقال مالك: "وعلى ذلك السنة التي لا خلاف فيها عندنا".[2]

---

[1]- نقلاً عن الزّركشي في البحر المحيط، 4/487.

[2]- مالك في الموطّأ، كتاب الأقضية، باب القضاء باليمين مع الشّاهد، رقم 1428، ص362.

2- **حديث في الشّفعة:** عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيّب عن أبي سلمة بن عبد الرّحمان بن عوف أنّ رسول الله ﷺ: **"قضى بالشّفعة فيما لم يقسم بين الشّركاء فإذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة فيه"** وقال مالك: "**وعلى ذلك السنة التي لا خلاف فيها عندنا**".[1].

الصورة الثّالثة: العمل الموافق لخبر يعارضه خبر آخر.

يرجّح المالكيّة الخبر الموافق للعمل عن الخبر المخالف له، بناءً على أنّ العمل أقوى ما تُرجّح به الأخبار إذا تعارضت، مثل ترجيح رواية أبي محذورة في الآذان التي فيها التّثنية على روايات التّربيع لأنّ العمل المتّصل بالمدينة يؤيّدها، قال ابن رشد الجد: "وأمّا ما كان من السّنن التي اتّصل العمل بخلافها فيقدّم ما اتّصل به العمل عليها، لأنّ اتّصال العمل بخلافها دليل على نسخها"[2].

وقال القاضي عياض: "وهو أقوى ما ترجّح به الأخبار إذا تعارضت وإليه ذهب الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني، ومن تبعه من المحقّقين من الأصوليّين والفقهاء من المالكيّة وغيرهم"[3].

الصّورة الرّابعة: العمل الذي معه خبر يخالف.

عمل أهل المدينة النّقلي، والعمل المتّصل من عهد الصّحابة مقدّم على خبر الواحد المخالف له، هذا رأي المحقّقين من المالكيّة، تظافرت عليه أقوالهم،

---

[1]- المصدر نفسه، كتاب الشّفعة، باب ما تقع فيه الشّفعة، رقم 1420، ص357.

[2]- ابن رشد، البيان والتّحصيل، 482/18.

[3]- القاضي عياض، ترتيب المدارك، 51/1.

لأنّه قطعيّ لتواتره والمخالف له خبر آحاد، وأمّا إن كان العمل المخالف لخبر الواحد على اجتهاد منهم لا نقلًا عن النّبيّ ﷺ فإنّ المالكيّة اختلفوا أيّهما يقدّم فأكثر البغداديّين على أنّه ليس بحجّة لأنّهم بعض الأمّة فيقدّم عليهم خبر الواحد المرويّ عن النّبيّ ﷺ وهو ما عليه المحقّقون من المالكيّة، قال الباجيّ: "نقل أهل المدينة عنده في ذلك حجّة مقدّمة على خبر الآحاد وعلى أقوال سائر البلاد..."[1].

ويقول ابن جزي: "أمّا إجماع أهل المدينة فهو حجّة عند مالك وأصحابه وهو عندهم مقدّم على الأخبار خلافاً لسائر العلماء"[2].

وفي ذلك قال صاحب المراقي[3]:

ومالكٌ بما سوى ذاك نخع[4] *** وما يُنافي نقلَ طيــبة منــــع
إذّ ذاك قطعيّ وإن رأياً ففي *** تقديم ذا أو ذاك خُلفٌ قد قُفي

وحجّة المالكيّة في تقديم العمل على الأخبار يمكن تلخيصها فيما يلي:

1-قرّر العلماء أنّ مذهب أهل المدينة في زمن الصّحابة والتّابعين وتابعيهم أصحّ المذاهب في الأصول والفروع، وهم الذين ورثوا علم السّنّة من فقهاء الصّحابة والتّابعين، لا يُتّهمون بترك السّنن، وقد تلقّى الإمام مالك علم السّنّة قولاً وعملاً، وغيره تلقّى هذا العلم رواية فقط، فالمجتمع الذي تفقّه به

1- الباجي، إحكام الفصول، 1/187.
2- ابن جزي الغرناطي، تقريب الوصول إلى علم الأصول، ص132.
3- نثر الورود على مراقي السّعود، 1/390.
4- أي نطق.

مالك يستمدّ مقوّماته الأساسيّة من تلك الوراثة العلميّة النّبويّة المطهّرة، وتفوح أجواؤه العلميّة بعبير فقه الصّحابة وفتاوى الخلفاء، وأقضية التّابعين.

2-أنّ العمل المستفيض المتّصل هو بمنزلة الخبر المتواتر، والخبر المتواتر يوجب العمل ويقطع العذر، فإذا عارض خبر الآحاد العمل فإنّ ذلك من قبيل معارضة الخبر الآحاد للمتواتر، ومن المقطوع به تقديم المتواتر على الآحاد، يقول القاضي عبد الوهّاب: "إذا روي خبر من أخبار الآحاد في مقابلة عملهم المتّصل وجب اطّراحه والمصير إلى عملهم، لأنّ هذا العمل طريقه النّقل المتواتر، فكان إذن أولى من أخبار الآحاد"[1].

3-يبعد أن يخفى على أهل المدينة الخبر الثّابت الصّحيح فإذا ثبت أنّهم عملوا بخلاف الخبر مع علمهم به، كان ذلك دليلاً على أنّهم تركوا الخبر لدليل ناسخ، وأنّ عملهم على وفق الدّليل النّاسخ، ومن المقرّر أصوليّاً وجوب العمل بالنّاسخ وترك المنسوخ، يقول ابن رشد: "...العمل المتّصل بالمدينة مقدّم على أخبار الآحاد العدول، لأنّ المدينة دار النّبيّ ﷺ وبها مات وأصحابه متوافرون، فيبعد أن يخفى الحديث عنهم، ولا يمكن أن يتّصل العمل به من الصّحابة إلى من بعده على خلافه إلاّ وقد علموا النّسخ فيه"[2].

فالعمل يعكس ما كان من آخر أمر النّبيّ ﷺ، ومثال ذلك:

أ- الصّلاة على القبر فمع أنّ مالكاً أخرج خبر صلاة النّبيّ ﷺ على

1- القاضي عبد الوهّاب، المعونة، 3/1746.

2- ابن رشد، البيان والتّحصيل، 17/604.

المسكينة في المقبرة بعد دفنها والصّلاة عليها من قبل الصّحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ في كتاب الجنائز من الموطّأ، وترك العمل به لأنّه ليس عليه العمل[1].

ب-ومن أمثلته أيضاً أنّ مالكاً لم يأخذ بالخبر الدّال على صحّة قراءة الفاتحة في صلاة الجنازة لكونه مخالفاً للمعمول به في المدينة النّبويّة[2].

ج-عدم كراهيّة التّطوّع بالصّلاة نصف النّهار لاتّصال عمل أهل المدينة بالصّلاة نصف النّهار، قال مالك: "لا أكره الصّلاة نصف النّهار إذا استوت الشّمس وسط السّماء، لا في يوم الجمعة ولا في غيره...ولا يعرف هذا النّهي...وما أدركت أهل الفضل والعبادة يتّقون شيئاً في تلك السّاعة"[3].

د-عدم وجوب زكاة في الفواكه والخضروات اعتماداً على عمل أهل المدينة، قال مالك: "السنّة التي لا اختلاف فيها عندنا، والذي سمعت من أهل العلم، أنّه ليس في شيء من الفواكه كلّها صدقة، الرّمان والفرسك (الخوخ) والتّين وما أشبه ذلك، وما لم يشبهه إذا كان من الفواكه، قال: ولا في القضب، ولا في البقول كلّها صدقة، ولا في أثمانها إذا بيعت صدقة على الحول على أثمانها الحول من يوم بيعها ويقبض صاحبها ثمنها"[4].

---

[1]- مالك، الموطّأ، كتاب الجنائز، باب التّكبير على الجنائز، رقم531، ص115.

[2]- مولاي الحسين بن الحسن الحيان، منهج الاستدلال بالسّنّة عند المالكيّة، ج236/1.

[3]- المدوّنة الكبرى، 107/1.

[4]- مالك، الموطّأ، كتاب الزّكاة، باب ما لا زكاة فيه من الفواكه والقضب والبقول، ص139.

المطلب الخامس: دليل قول الصّحابي

الفرع الأوّل: تعريف قول الصّحابي ومكانته عند مالك.

أوّلاً: تعريف قول الصّحابي.

الصّحابي عند علماء الحديث هو من لقي الرّسول ﷺ وآمن به ومات على إسلامه، سواءً طالت صحبته أم لم تطل.

أمّا عند الأصوليّين فإنّهم يشترطون في الصّحابي طول المجالسة والمكث معه ﷺ.

يقول الدكتور مولاي الحسين -بعد أن ذكر تعريف المحدّثين والأصوليّين للصّحابي-: "على أنّ تعريف المحدّثين للصّحابي قد يُؤخذ به في موضوع عدالة الصّحابة، ومن ثمّ قبول روايتهم، لأنّ قبول الرّواية يحتاج فيه إلى الصّدق وأولئك القوم الذين رأوا رسول الله موصوفين بذلك، مشمولون بما ذكره الله ورسوله ﷺ في تزكية أصحابه وقرنه.

أمّا تعريف جمهور الأصوليّين فناسب أن يؤخذ به في موضوع حجيّة قول الصّحابي، لأنّ بعض العلماء تمسّكوا في القول بحجّيّة الصّحابي بما توافر لهم من حضور التّنزيل، وسماع الوحي، وفهم كلام الرّسول ﷺ، وما يحفّه من القرائن والأسباب والمحامل، وهذه أمور لا تدرك إلاّ بطول المقام"[1].

وأمّا مذهب الصّحاب أو قول الصّحابي أو فتوى الصّحابي فالمراد به ما أثر عن أحد الصّحابة من قول أو فعل في أمر من أمور الدّين[2].

1- مولاي الحسين، منهج الاستدلال بالسّنّة في المذهب المالكي، 1/356.

2- بابكر محمد الشيخ، قول الصّحابي وأثره في الأحكام الشّرعيّة، ص23.

ثانياً: مكانة قول الصّحابي عند الإمام مالك.

يأخذ الإمام مالك بأقوال الصّحابة على أنّها شعبة من شعب السّنّة النّبويّة، وقد صرّح بهذا الشيخ أبو زهرة فقال: "ولقد كان مالك يرى أنّ السّنّة فيما كان عليه الصّحابة، فقد رأى أنّ عمر بن عبد العزيز لما أراد أن ينشر السّنّة، أمر بجمع أقضية الصّحابة وفتاويهم.

وكان الإمام مالك –رحمه الله- يروي قول الخليفة العادل سنّ رسول الله ﷺ وولاّة الأمور بعده سنناً، الأخذ بها تصديق لكتاب الله، واستكمال لطاعته، وقوّة على دينه، ليس لأحد تغييرها ولا تبديلها ولا النّظر في رأي من خالفها، فمن اقتدى بما سنّوا فقد اهتدى، ومن استنصر بها فهو منصور، ومن خالفها واتّبع غير سبيل المؤمنين، ولاّه الله ما تولّى، وأصلاه جهنّم وساءت ومصيراً، وكان يعجب بذلك الكلام ويستمسك به ويرى أنّ الأخذ به هو السّنّة المحكمة، ولذلك فإنّ الموطّأ اشتمل على أقوال الصّحابة وفتاويهم وأقضيتهم، إلى جوار أحاديث الرّسول ﷺ، ولهذا أكثر من الأخذ بأقوال الصّحابة ومن ثمّ أُعتبر مالكٌ -رحمه الله- إمام السّنّة في عهده[1].

الفرع الثّاني: حجّيّة قول الصّحابي عند الإمام مالك.

جمهور الأصوليّين من المالكيّة يذهبون إلى أنّ قول الصّحابي حجّة عند الإمام مالك، وهو مأخوذ من طريقة مالك في الموطّأ، فإنّه كثيراً ما يستند على أقوال الصّحابة، وقد نقل عن مالك غير ذلك منها:

---

[1]- محمّد أبو زهرة، مالك حياته وعصره وآثاره وفقهه، ص246.

النّقل الأوّل ومستنده:

قول الصّحابيّ ليس بحجّة مطلقاً كغيره من المجتهدين وهو ما صحّحه القاضي عبد الوهّاب، واستظهره الباجي من مذهب مالك، وحكى العلويّ هذا المذهب عن مالك، قال: "وهو مرويّ عن مالك" [1]غير أنّه شهّر القولَ بأنّه حجّة[2].

ومستند هذا النّقل عن مالك ما احتجّ به القاضي عبد الوهّاب بأنّ مالكاً نصّ على وجوب الاجتهاد، واتّباع ما يؤدّي إليه صحيح النّظر، فقال أي مالك: "وليس في اختلاف الصّحابة سعةٌ، وإنّما هو خطأ وصواب"[3].

واعترض عليه بأنّ مالكاً قال ذلك حينما سئل عن اختلاف أصحاب رسول الله ﷺ[4].

النّقل الثّاني ومستنده:

قول الصّحابي حجّة شرعيّة، وقد عزاه ابن أبي زيد القيروانيّ لمالك –رحمه الله– قال: "ليس لأحد أن يحدث قولاً لم يسبقه به سلف، وإنّه إذا ثبت عن صاحب قولٌ لا يُحفظ عن غيره من الصّحابة خلافٌ له ولا وفاق أنّه لا يسع خلافه"[5].

---

[1]– العلوي، نشر البنود، 2/258.

[2]– الباجي، المنهاج في ترتيب الحجاج، ص296.

[3]– الزّركشي، البحر المحيط، 4/359.

[4]– ابن عبد البر، جامع بيان العلم وفضله، 2/905.

[5]– ابن أبي زيد، النّوادر والزيادات، 1/5.

وهو ما رجّحه القرافيّ من مذهب مالك، قال: "مذهب مالك وجماعة من العلماء أنّ قول كلّ صحابيّ وحده حجّة"[1].

وحكاه الحطّاب عن مالك، وشهّر العلويّ هذا القول، ونسبه لمالك من غير أهل المذهب غير واحد من العلماء؛ فمن الشّافعيّة: أبو إسحاق الشّيرازي، والآمدي والزّركشيّ، ومن الحنابلة: ابن عقيل وابن تيمية، وتلميذه ابن القيّم[2].

ومستند هذا النّقل صنيع مالك –رحمه الله تعالى- في موطّئه وفي مسائل أصحابه فنراه يستدلّ في ذلك بأقوال الصّحابة، وكثير من تلك الأقوال تتعلّق بمسائل لا تعمّ بها البلوى، وعدم عموم البلوى قرينة قويّة في عدم انتشار قول الصّحابيّ واشتهاره[3].

ويدلّ على ذلك أيضاً أنّ من منهج مالك الاقتداء بمن سلفه، والتّباع لمن تقدّمه من أهل العلم من الصّحابة والتّابعين كما تقدّم بيانه في مكانة قول الصّحابيّ عند مالك.

النّقل الثّالث ومستنده:

يُعتبر قول الصّحابيّ حجّة إذا كان لا يقتضيه القياس، وقد عزاه لمالك القاضي ابنُ العربي، قال –رحمه الله-: "الصّاحبُ إذا قال قولاً لا يقتضيه القياس، فإنّه محمول على المسند إلى النّبيّ ﷺ ومذهب مالك –رحمه الله-

---

[1]- القرافي، نفائس الأصول، 6/2842.

[2]- حاتم باي، التّحقيق، ص441.

[3]- المصدر نفسه.

فيها أنّه كالمسند"[1].

وأضاف محمد الطّاهر بن عاشور لمالك مذهباً قريباً من هذا النّقل قال: "والذي يتلخّص لي من مذهب مالك –رحمه الله– أنّه لا يرى قول الصّحابيّ إلاّ فيما لا يُقال من قبل الرّأي، لما تقرّر أنّ له حكم الرّفع، ولهذا كان اشتراط مخالفته للقياس قريباً من هذا"[2].

ومستند هذا النّقل ما استدلّ به ابن العربي على ما نقله عن مالك بأنّه اعتمد في مسألة البناء في الرّعاف على حديث ابن عمر وابن عبّاس، ولا متعلّق له في ذلك إلاّ هذا الأصل"[3].

ولكنّ حجّة لا ابن العربي في ذلك لاحتمال أن يكون قول مالك بذلك كان استناداً منه على كون قول الصّحابيّ حجّة مطلقاً، إذا لم يصرّح أنّه يشترط مخالفته القياس ولا يُظهر ذلك في استدلالاته بهذا الأثر في هذه المسألة، ويحتمل أنّه اعتمد على العمل المدنيّ وهو من أصوله[4].

الرّاجح من بين النّقولات السّابقة:

لا تخلو أقوال الصّحابة من ثلاث حالات:

الحالة الأولى: أنّه يتّفق الصّحابة على قول ويجتمعوا عليه، فهذا حجّة عند مالك، بل هو من أرفع الحجج وأبيها، قال مالك: "فإن لم يجد ذلك عن

---

[1]– ابن العربي، القبس، 507/1.

[2]– ابن عاشور، حاشية التّوضيح والتّصحيح، 219/2.

[3]– ابن العربي، القبس، 126/1.

[4]– بابكر محمد الشيخ، قول الصّحابي وأثره في الأحكام الشّرعيّة، ص50.

رسول الله ﷺ فيما آتاه عن أصحابه إن اجتمعوا"[1].

الحالة الثّانية: أن يختلف الصّحابة وتنقل أقوالهم إلينا، فمذهب مالك الذي لا اختلاف فيه أنّ لا حجّة في قول الواحد منهم، ولا يقلّد فيما ذهب إليه من غير بيّنة ولا دلالة يستند إليها، قال أشهب: "سئل مالك عن اختلاف الصّحابة فقال: "خطأ وصواب، فانظر في ذلك"[2].

والمنهج في الأخذ من هذه الأقوال عند مالك هو النّظر في منها صحبها العمل، فإن كان العمل المدنيّ قد شايع قولاً من هذه الأقوال لزم الأخذ به، قال مالك: "فإن اختلفوا –أي الصّحابة– حكم –أي القاضي– بما صحبت الأعمالُ قولَه"[3].

فإن لم يوجد عملٌ يعضّد بعضَ الأقوال لجأ حينها للاجتهاد في تخيّر الأحسن من أقاويلهم، ويشترط حينها أن لا يخرج عن أقوالهم في اجتهاده واختياره، قال مالك في اختلاف أصحاب رسول الله ﷺ: "مخطئ ومصيب فعليك بالاجتهاد"[4].

الحالة الثّالثة: أن يُنقل إلينا قولُ الواحد من الصّحابة، ولا يُعلم له مخالف منهم، وهذه الحالة فيها صورتان:

الأولى: أن ينتشر قول الصّحابيّ ويشتهر، وهذا الذي يُعرف بالإجماع

---

[1]– ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 1/241.

[2]– ابن عبد البر، جامع بيان العلم وفضله، 2/905.

[3]– ابن أبي زيد القيرواني، النّوادر والزّيادات، 8/16.

[4]– ابن عبد البر، جامع بيان العلم وفضله، 2/906.

السّكوتيّ، وهو حجّةٌ عند جماهير المالكيّة[1].

ونسب القاضي ابن العربي هذا القول لمالك آخذاً ببعض ما وقع في الموطّأ، قال ابن العربي –شارحاً لكتاب عمر بن الخطّاب رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ– في أوقات الصّلاة من الموطّأ: "نبّه مالكٌ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ بحديث عمر رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ على أصل كبير من أصول الفقه، وهو سكوت باقي القوم على قول بعضهم، فإنّه يكون إجماعاً لأنّ عمر رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ كتب إلى الأمصار كتابه فما اعترضه أحدٌ"[2].

وقال في مسألة زكاة الصّبيان: "عوّل مالك رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ على حديث عمر بن الخطّاب، لأنّه خليفة كان يأمر بذلك، ولم يثبت له مخالف من الصّحابة رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمْ"[3].

وأمّا الصّورة الثّانية: فهي قول الواحد من الصّحابة الذي لم يشتهر ولم يُعلم له مخالف من الصّحابة، والذي يظهر أنّ مالكاً يحتجّ به، ذلك أنّ من منهجه المقطوع به الاتّباع لسلفه، والاقتداء بمن تقدّمه من أهل العلم والفضل، فلو لم نجعل الأخذ بقول الصّحابيّ لازماً في هذه الحالة لكنّا قد أبحنا للمجتهد أن يُحدث قولاً لا يعلم له سلف في مسألة كانت في عهد الصّحابة رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمْ، وقد تواترت الأدلّة على أنّ مالكاً يمنع أن يخرج المجتهد عن أقوال الصّحابة المختلفة في اجتهاده إلى قول يُحدثه[4].

---

[1]- الباجي، إحكام الفصول، فقرة 506، والقرافي، نفائس الأصول، 2806/6، وابن القصّار، مقدّمة في علم الأصول، ص104.

[2]- ابن العربي، القبس، 81/1.

[3]- المصدر نفسه، 464/2.

[4]- حاتم باي، التّحقيق، ص451.

المطلب السّابع: دليل شرع من قبلنا

من المعلوم أنّ النّبيّ ﷺ لم يمن مكلّفاً بشرع أحد من الأنبياء قبل الوضع أي قبل نزول الوحي عليه، قال صحاب المراقي[1]:

ولم يكن مكلّفاً بشرع *** صلّى عليه الله قبل الوضع

وأمّا بعد نزول الوحي فإنّ ﷺ مكلّف بشرع من قبله من الأنبياء هو وأمّته بشروط عند مالك –رحمه الله خلافاً للشّافعيّ، وفيما يلي بيان منهج المالكيّة في الاستدلال بدليل شرع من قبلنا.

الفرع الأوّل: تعريف دليل شرع من قبلنا.

شرع من قبلنا هو تلك الأحكام الشرعية المقررة في شرائع الأنبياء والرسل السابقين على نبينا محمد ﷺ، والتي أخبر بها النبي ﷺ بنص القرآن أو بصحيح السنة، ولم ينصّ في شرعنا أنّه مشروع لنا ولا غير مشروع، ولم يلحقها ناسخ من شريعة الإسلام[2].

بهذا التعريف تخرج الأحكام غير الواردة في القرآن والسنة، فما لم يرد فيهما غير معتبر، وعليه لا اعتبار لما ورد في التوراة والإنجيل إذا لم يرد في القرآن والسنة.

حيث ذهب المالكية خلافا للشافعية إلى لزوم شرع من قبلنا لنا مما أخبرنا به نبينا ﷺ عنهم دون ما وصل إلينا من غيره لفساد الطرق إليهم، يقول القرافي: "وشرع من قبلنا إنما يكون شرعا لنا إذا ثبت أنه شرع من قبلنا بوحي ثابت أو رواية صحيحة"[3].

---

[1]- نثر الورود، 373/1.

[2]- الشّرائع السّابقة ومدى حجّيّتها في الشّريعة الإسلاميّة، عبد الرّحمن الدّرويش، ص52.

[3]- القرافي، الذّخيرة، 71/12.

وقال القاضي ابن العربي: "وهذا هو صريح مذهب مالك في أصوله كلّها، وكذلك لا يعمل بأحكام الشرائع السابقة الواردة في القرآن والسنة إذا لحقها نسخ، إذ هي في حكم المنسوخ الذي يترك لأجل الناسخ"[1].

قال القاضي أبو الوليد الباجي: "متى ثبت حكم في شريعة أحد الرسل عليهم السلام بنص قرآن أو خبر صحيح عن نبينا -عليه السلام- وجب علينا العمل به، إلا أن يدل الدليل على نسخه"[2].

وجاء في الفواكه الدّواني: "إنّ شرع من قبلنا شرع لنا حيث لا ناسخ"[3].

فيتحصل من هذا أن العمل بشرع من قبلنا عند المالكية يتوقف على شروط منها اثنان ضروريان: **الأوّل:** أن يرد الحكم في القرآن أو في صحيح السّنّة، **والثّاني:** أن لا يلحق بهذا الحكم ناسخ من شريعة الإسلام.

وينضاف لهذين الشرطين أمر ثالث مفاده أن لا يتعارض هذا الأصل مع أصل آخر أقوى منه عند الترجيح.

وأصل "شرع من قبلنا" بهذا المعنى الذي ذكرناه أخذ به الإمام مالك رحمه الله وأغلب المالكية من بعده، وبنوا عليه مجموعة من الأحكام الفقهية، وقد استدلوا على مشروعيته بنصوص من الكتاب والسن. يقول صاحب المراقي:

وهو والأمّةُ بعُد كلّفا ****** إلاّ إذا التّكليف بالنّصّ انتفى
وقيل لا والخُلفُ فيما شُرعا ****** ولم يكن داع إليه سُمعا

---

[1]- ابن العربي، أحكام القرآن، 1/38- 39.
[2]- الباجي إحكام الفصول، ص54.
[3]- الفواكه الدّواني، 1/52.

الفرع الثّاني: أدلّة المالكيّة في حجّيّة شرع من قبلنا بالمعنى المختار عندهم.

استدلّ المالكيّة على وجوب العمل بمقتضى ما جاء في شرع من قبلنا مستحضرين الشروط المذكورة بالكتاب والسّنّة.

أمّا من الكتاب:

1-قوله تعالى: ﴿ **قَدْ كَانَتْ لَكُمْ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ فِي إِبْرَاهِيمَ وَالَّذِينَ مَعَهُ** ﴾ (سورة الممتحنة 4).

قال ابن العربي: "وهذا نص في الاقتداء بإبراهيم عليه السلام في فعله وهذا يصحّح أن شرع من قبلنا شرعٌ لنا فيما أخبر الله أو رسوله عنهم"[1].

2-قوله تعالى: ﴿ **أُوْلَئِكَ الَّذِينَ هَدَى اللّهُ فَبِهُدَاهُمُ اقْتَدِهْ** ﴾ (سورة الأنعام 90).

قال الإمام الباجي مبينا وجه دلالة هذه الآية: "فقد أمره باتباعهم ﷺ، فيجب ذلك في كل ما ثبت عنهم إلا ما قام الدليل على المنع منه"[2].

وأمّا من السنّة :

ما روي عن النّبيّ ﷺ أنه قال: "**من نسي صلاة أو نام عنها فليصلها إذا ذكرها إن الله تعالى يقول: ﴿وأقم الصلاة لذكري﴾**"[3].

قال الإمام الباجي: "فاحتج بذلك نبينا ﷺ وأرانا تعلق الحكم اللازم لنا بهذه الآية، وإنما خوطب بها موسى عليه السلام وحكم النبي ﷺ على اليهود بشريعتهم فيما ثبت عنه في مسألة الزناة منهم فيما رواه مالك عن نافع عن ابن

[1]- ابن العربي، أحكام القرآن، 1/38- 39.

[2]- الباجي إحكام الفصول، ص54.

[3]- رواه البخاري، انظر فتح الباري، 1/72.

عمر وهو حديث متفق عليه أن النبي ﷺ: "رجم اليهودية واللذين زنيا إذ رفع إليه أمرهما اليهود"[1]. وقال القاضي ابن العربي معلقا على هذا الحديث: "حكم النّبيّ - عليه السلام- عليهم بشريعة موسى عليه السلام وشهادة اليهود، إذ شرع من قبلنا شرع لنا فيلزم العمل بها حتى يقوم الدليل على تركها"[2].

الفرع الثّالث: أمثلة ما ثبت عن طريق هذا الأصل عند المالكية.

اعتمد المالكية على أصل "شرع من قبلنا" في مجموعة من الأحكام مبثوثة في مذهبهم، ونذكر هنا بعضاً منها على سبيل المثال لا الحصر:

1-جواز تزويج البنت البكر دون استئمارها لقوله تعالى على لسان نبي الله شعيب:﴿ **قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنَ انكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَن تَاجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ**﴾ (سورة القصص22).

2-لزوم أجرة الكيل للبائع لوجوب التوفية عليه لقوله تعالى على لسان إخوة يوسف عليه السلام: **﴿فَأَوْفِ لَنَا الْكَيْلَ﴾ (سورة يوسف 88).**

قال الإمام القرافي مبيناً وجه الدلالة في الآية:"فدل على أن الكيل على البائع لأن شرع من قبلنا شرع لنا حتى يدل الدليل على نسخه"[3].

3-ثبوت العمل بالعرف والعادة والحكم به في القضاء استناداً إلى قوله تعالى في قصة يوسف عليه السلام: **﴿شَهِدَ شَاهِدٌ مِّنَ اَهْلِهَا إِن كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الكَاذِبِينَ، وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِن دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ**

[1]- متّفق عليه، والكلام عند الباجي في إحكام الفصول، ص54.
[2]- ابن العربي، أحكام القرآن، 1/39.
[3]- القرافي، الذخيرة، 12/72.

مِنَ الصَّادِقِينَ﴾ (سورة يوسف 26- 27).

قال ابن العربي في وجه دلالة هذه الآية وتفرد المالكية بذلك الاستدلال: "قال علماؤنا في هذا دليل على العمل بالعرف والعادة لما ذكر من أخذ القميص مقبلا ومدبرا وما دل عليه الإقبال من دعواها، والإدبار من صدق يوسف وهذا أمر تفرد به المالكية"[1].

4-جواز الكفالة لقوله تعالى: **﴿قَالُواْ نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَن جَاء بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَاْ بِهِ زَعِيمٌ﴾** (يوسف:72) حيث قال ابن العربي" :قال علماؤنا هذا نص في جواز الكفالة.[2]"

وختاما إذا تبين مفهوم ومشروعية "أصل شرع من قبلنا" ووجه العمل به، وبعض أمثلته عند السادة المالكية، فليعلم طالب هذه المسألة أن هذا الأصل من الأصول التي تفرّد المالكية في الأخذ بها ويعتبر مظهراً ناصعاً لرحابة المذهب المالكي ومراعاته لما قرره القرآن من شرائع الأنبياء السّابقين، وانفتاحه على ما سبق من تشريعات الأمم السّابقة، كما أنّ هذا الدّليل أصل مهم في توسيع دائرة الاستنباط والاجتهاد لاستيعاب جميع الوقائع المماثلة لتلك الواقعة في المجتمعات الحالية، مع ما يتحصل من ذلك من الاستفادة من تجارب الإنسانية في ارتباطها بالوحي الإلهي وتحقيق مقاصده.

---

[1]- ابن العربي، أحكام القرآن، 40/1.

[2]- المصدر نفسه.

المبحث الثالث
المدارك الاجتهاديّة في المذهب المالكي

وفيه المطالب التّالية:

المطلب **الأوّل**: دليل القياس

المطلب الثّاني: دليل المصالح المرسلة

المطلب **الثّالث**: دليل الاستحسان

المطلب الرّابع: سدّ الذّرائع

المطلب **الخامس**: دليل الاستصحاب

المطلب السّادس: دليل العرف

المطلب **السّابع**: مراعاة الخلاف

المطلب الأوّل: دليل القياس

من المعلوم أنّ القياس هو أصل الرّأي وينبوع الفقه، ومن جذوره تتشعّب الفروع، وهو الميزان الذي تعرف به أحكام الوقائع غير المنصوص عليها، وطبيعة النّوازل والمستجدّات، وهذه الخاصّية سرّ خلود الشّريعة وصلوحيّتها لكلّ زمان ومكان، ومن المقطوع به أنّ القياس من الأصول الفقهيّة التي اعتمدها فقهاء الإسلام قاطبة، وفي هذه الصّفحات نريد أن نجلّي بعض المسائل التي تبنّاها المالكيّة ممّا يندرج تحت ذلك الدّليل على سبيل الاختصار، وذلك في الفروع التّالية:

الفرع الأوّل: تعريف القياس.

أوّلاً: في اللّغة:

يطلق القياس بمعنى التّقدير، أي معرفة قدر الشّيء، مثل قياس الثّوب بالذّراع، والأرض بالمتر، والأثقال بالكيلوغرام، وهكذا...

كما يطلق القياس على مقارنة أحد الشّيئين بالآخر، فنقول فلان يقاس بفلان، أي يُقارنه، وكلا المعنيين يرجع في حقيقته إلى المساواة والمماثلة، سواء كانت المساواة حسّيّة أم معنويّة[1].

ثانياً في الاصطلاح:

وأمّا القياس في الاصطلاح فهو إلحاق فرع بالأصل في الحكم لاشتراكهما

1- ابن فارس، معجم مقاييس اللّغة، 40/5، وابن منظور، لسان العرب، 186/6، مادة "قوس".

في العلّة.

يقول صاحب المراقي[1]:

بحمل معلوم على ما قد علم *** للاستوا في علّة الحكم وسما

قال الشّريف التّلمسانيّ: "اعلم أنّ القياس عبارة عن إلحاق صورة مجهولة الحكم بصورة معلومة الحكم، لأجل أمر جامع بينهما يقتضي ذلك الحكم، والصّورة المعلومة الحكم تسمّى أصلاً والصّورة المجهولة الحكم تسمّى فرعاً، كما إذا قسنا النّبيذ الذي هو مجهول الحكم ومحلّ النّزاع على الخمر الذي هو معلوم الحكم ومحلّ الاتّفاق، فالخمر هو الأصل والنّبيذ هو الفرع والجامع الإسكار، والحكم المطلوب إثباته في الفرع التّحريم"[2].

الفرع الثّاني: حجّيّة القياس.

يدلّ على حجيّة القياس الكتاب والسّنّة والإجماع والمعقول:

أوّلاً: من الكتاب:

1-قوله تعالى: ﴿ **فاعتبروا يا أولي الأبصار** ﴾ (سورة الحشر 2)، فالله تعالى بعد أن قصّ علينا ما حلّ ببني النّظير من العقاب، جزاء كفرهم وكيدهم لرسول الله ﷺ والمؤمنين، أمرنا بالتّأمّل والاعتبار فيما نزل بهم، وأنّ من فعل مثل فعلهم ناله ما نالهم من العقاب، وجرى عليه ما جرى عليهم من النّكال، وهذا هو معنى القياس وهو المساواة والمماثلة[3].

1- نثر الورود، 2/442.

2- التّلمساني، مفتاح الوصول، ص129.

3- ابن العربي، أحكام القرآن، 2/145.

2-ورود تعليل كثير من الأحكام الشّرعيّة في القرآن الكريم بحيث يُعلّق الحكم بالعلّة، ممّا يدلّ على كون القياس حجّة شرعيّة، من ذلك قوله تعالى: ﴿ **ولكم في القصاص حياة يا ألي الألباب لعلّكم تتّقون** ﴾ (البقرة 179)، فقد علّق مشرعيّة القصاص على علّة وهي المحافظة على حياة النّاس، ومنه أيضاً قوله تعالى: ﴿ **إنّما يريد الشّيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدّكم عن ذكر الله وعن الصّلاة فهل أمنتم منتهون** ﴾ (سورة المائدة 91)، فعلّل تحريم الخمر والميسر بما يؤدّيان إليه من عواقب مضرّة، وهي وقوع العداوة والبغضاء، والصّدّ عن ذكر الله وإقام الصّلاة[1].

ثانياً: من السّنّة:

1-عن ابن عبّاس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: "**جاء رجل إلى النّبيّ ﷺ فقال: يا رسول الله إنّ أمّي ماتت وعليها صوم شهر، أفأقضي عنها؟ فقال: لو كان على أمّك دين أكنت قاضيه عنها؟ قال: نعم، فقال: فدين الله أحقّ أن يقضى**"[2].

ففي الحديث قياس واضح بيّن الأركان، حيث قاس الحجّ بالدّين، بجامع أنّهما من الحقوق، فالحجّ دين الله، والدّين حقّ العباد، وكلاهما يقضيهما الولد عن الوالدين[3].

2-عن عمر بن الخطّاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: "**أنّ جاء إلى رسول الله ﷺ وقال: صنعت اليوم يا رسول الله أمراً عظيماً، قبّلت وأنا صائم، فقال: رسول الله**

1- ابن العربي، أحكام القرآن، 2/145.

2- أخرجه البخاري، برقم 1953، ومسلم برقم 1148.

3- حسين حامد حسّان، أصول الفقه، ص286.

ﷺ: أرأيت لو تمضمضت بماء وأنت صائم؟ فقال: لا بأس بذلك، فقال رسول الله ﷺ ففيم؟"[1].

فهذا قياس واضح قاس فيه القبلة على المضمضة بجامع أنّ كلاًّ منهما مقدّمة للفطر.

ثالثاً: الإجماع:

فقد شاع العمل بالقياس والاعتماد عليه في استنباط الأحكام، واعتماده طريقاً من طرق الاجتهاد الفقهي، ومسلكاً في معالجة الواقعات والمسائل والنّوازل، فقد نقله الثّقات من علماء الأصول عن الصّحابة والتّابعين الذين يهتدي بهديهم ويستنّ بسنّتهم، لأنّهم أعلم النّاس بمقاصد التّشريع وأعرفهم بغاياته وحكمه ومراميه، ولذلك يُعدّ خلاف الظّاهريّة والإماميّة والنّظّام مستحدثاً في الدّين بعد اتّفاق الصّحابة على حجّيّة القياس ووجوب العمل به.

بل إنّ الثّروة الفقهيّة التي نباهي بها أعرق الأمم حضارة ومدنيّة هي نتاج الاجتهاد والقياس على النّصوص الشّرعيّة، وذلك بالبحث عن العلل والحكم التي وردت هذه النّصوص لتحقيقها والمصالح التي شرعت لحمايتها، ثمّ تفسير هذه النّصوص وتحديد نطاق تطبيقها في ضوء هذه العلل والحكم وتلك الغايات والمصالح فالنّصوص الشّرعيّة قد دلّت بطريق القطع بما أتت به من أحكام على المقاصد العامة والمصالح الكلّيّة التي شرعت تلك

1- أخرجه أحمد في المسند، وأبو داود في السّنن، وإسناده صحيح على شرط مسلم، ورجاله ثقات رجال الشّيخين.

الأحكام لحمايتها، فكلّ واقعة أو نازلة جديدة تعرض على المجتهد ولا يجد لها نصّاً يبيّن حكمها يعطيها المجتهد حكم واقعة منصوص على حكمها، إذا كان الحكم في الواقعة الجديدة يُحقّق نفس المصلحة التي يُحقّقها الحكم في الواقعة المنصوصة[1].

رابعاً: من المعقول:

من المعلوم ضرورة أنّ النّصوص الشّرعيّة محدودة ألفاظها، مستمرّة معانيها فاشية مفهوماتها بحيث تستوعب كلّ الوقائع والنّوازل، ولا يمكن استنباط تلك المعاني لمطابقتها لتلك المستجدّات إلاّ بالفهم الصّحيح للنّصوص وتنزيل معانيها ومقاصدها للإجابة على مشكلات كلّ عصر مهما كانت تعقيداته[2].

الفرع الثّالث: مسائل متعلّقة بالقياس عند المالكيّة:

المسألة الأول: تخصيص العلّة:

أوّلاً: تصوير المسألة:

الذي يقصده أهل الأصول من تخصيص العلّة أو نقضها هو أنّ توجد العلّة في محلّ ويتخلّف مع ذلك الحكم[3].

والتّعبير بالتّخصيص هو الغالب على اصطلاح من يجيز ذلك، والنّقض

---

[1]- حسين حامد حسّان، أصول الفقه، ص288.

[2]- المصدر نفسه، ص289.

[3]- الجويني، البرهان، 2/ف969، والقرافي، نفائس الأصول، 3130/7.

هي عبارة أكثر من لا يجيز ذلك.

والعلّة إمّا عقليّة أو سمعيّة، فالعقليّة يمتنع تخصيصها بإجماع أهل النّظر، فمن شرط صحّتها اطّرادُها، وإنّما اختلفوا في العلّة الشّرعيّة، هل يجوز تخصيصها أم لا؟

ومثال التّخصيص في العلّة العقليّة: أن يكون للرّجل ابنان، فيعطي أحدَهما عطيّة، فيقال له: لم أعطيت هذا؟ فيقول: لأنّه ابني، فيقال: هذا غير صحيح لأنّ الآخر أيضاً ابنك ولم تعطه، فوجب أن تكون عطيّتك إيّاه لمعنى آخر[1].

ومثاله في الشّرعيات أن يُستدلّ على عدم وجوب النّيّة في الوضوء بأنّها طهارة فلم تفتقر إلى النّيّة، كإزالة النّجاسة من الثّوب مثلاً، فهل ينتقض هذا التّعليل بالتّيمّم فإنّه طهارة ومع ذلك فهي تفتقر إلى نيّة؟[2].

ثانياً: المنقول عن مالك ومستنده.

النّقل الأوّل: لا يجوز تخصيص العلّة مطلقاً.

قال ابن القصّار: "فعندنا وعند غيرنا من الفقهاء، لا يجوز تخصيص العلّة منصوصةً أو مستدلاًّ عليها...وعندي أنّه لا يجوز تخصيصها عندي"[3].

وهو ما نقله القاضي عبد الوهّاب والباجي[4].

---

[1]- الشيرازي، اللّمع، 2/ف1020.

[2]- المصدر نفسه.

[3]- ابن القصّار، المقدّمة، ص180.

[4]- الباجي، إحكام الفصول، 2/152.

ومستند هذا النّقل أنّ الأصل في القياس طرد العلّة فيه عند مالك وغيره من العلماء، فمن ادّعى خلاف ذلك فإنّه يطالب بالدّليل النّاقل عن الأصل.

النّقل الثّاني: يجوز تخصيص العلّة المنصوصة والمستنبطة.

وقد حكاه عن مالك القاضي أبو بكر الباقلاّني، وعزاه له كذلك القاضي أبو بكر ابن العربي، قال: "عند أبي حنيفة وعندنا أنّ نقض العلّة الشّرعيّة لا يبطلها بل يجوز تخصيصها"[1].

وقال –رحمه الله– في موضع آخر: "الاستحسان عندنا وعند الحنفيّة هو العمل بأقوى الدّليلين، فالقياس إذا اطّرد فمالك وأبو حنيفة يريان تخصيص القياس (ونقض العلّة)، ولا يرى الشّافعيّ لعلّة الشّرع إذا ثبتت تخصيصاً، ولم يفهم الشّريعة من لم يحكم بالمصلحة، ولا رأى نخصيص العلّة"[2].

وقد شهّر القرافيّ هذا النّقل عن مالك وقال: "وهذا هو المذهب المشهور"[3].

ومستند هذا النّقل أنّ مالكاً –رحمه الله– يقول بالاستحسان ولا يتأتّى القول به إلاّ إذا تبنّى القول بتخصيص العلّة.

النّقل الثّالث: يجوز تخصيص العلّة المستنبطة دون المنصوصة.

فإن كانت العلّة مستنبطة فيجوز تخصيصها، أمّا إذا كانت منصوصة فإنّ تخصيصها يُعدّ إبطالاً لها، وقد ذكر هذا النّقل العلوي المالكي في نشر البنود، وتبعه الأمين الشّنقيطي في نثر الورود.

---

[1]– ابن العربي، المحصول، ص138.

[2]– ابن العربي، أحكام القرآن، 2/755.

[3]– القرافي، شرح تنقيح الفصول، ص310.

قال صاحب المراقي[1]:

وقد روى عن مالك تخصيص *** إن يك الاستنباط لا التّنصيص

ولا مستند لهذا النّقل بل هو وهم من العلوي المالكي بعد نقله عن الآمدي، والصّحيح أنّ الآمدي يقول من قال بجواز التّخصيص في المستنبطة يلزمه أن يقول به في المنصوصة[2].

الرّاجح: أنّ مالكاً يقول بجواز تخصيص العلّة، وهذا كما تقدّم مبنيّ على قول مالك بالاستحسان.

المسألة الثّانية: القياس على الرّخص.

أوّلاً: تصوير المسألة:

الرّخصة هي الحكم الثّابت على خلاف الدّليل لعذر[3]، ومثالها: التّيمّم للمريض، وقصر الصّلاة للمسافر، الإبراد بالصّلاة لشدّة الحرّ.

ثانيا: المنقول عن مالك ومستنده.

النّقل الأوّل: يجوز القياس على الرّخص.

وهو اختيار أبي الوليد الباجي فقد قال: "ومنع أبو حنيفة وقوم من أصحابنا القياس عليه...وليس بصحيح، والصّواب أن يُنظر إلى علّة ذلك الحكم الذي علّق عليها في الشّرع فإن كانت علّته واقفة قصر الحكم على

1- نثر الورود، 529/2.

2- الآمديّ، الإحكام، 219/3.

3- السّبكي، الإبهاج شرح المنهاج، 81/1.

موضعها، وإن كانت متعدّية عدّاه وأثبت الحكم المعلّق لها حيث وجدت"[1].

وبه قال المقّري المالكي في قواعده[2]. وهو صريح مذهب مالك –رحمه الله– وشرطه تحقّق وجود سبب الرّخصة"[3].

ومستند هذا القول[4]:

1-يجوز عند مالك الجمع في الصّلاة حال وجود الوحل والظّلمة وانقطاع المطر، لأنّ سبب الجمع –وهو المشقّة– باق وإن زال المطر ببقاء الوحل والطّين فكانت الرّخصة باقية.

2-يجوز المسح على العضو المريض في الغسل قياساً على الوضوء، وبذلك أفتى حذّاق المذهب في من برأسه نزلة أنّه يمسح ويغسل باقي جسده.

3-يجوز المسح على العمامة إذا ما خيف من نزعها.

4-وأنّ صاحب الشّرع لم يخالف الدّليل في الرّخصة إلاّ لكون الرّخصة أكثر مصلحة، فإذا وجدت تلك المصلحة في فرع ألحقناه بالأصل لتكثر المصلحة[5].

النّقل الثّاني: لا يجوز القياس على الرّخص.

حكى القرافي اختلاف المالكيّة في مذهب مالك على قولين: الجواز والمنع

---

[1]- الباجي، المنتقى، 224/4.

[2]- المقّري، القواعد، ص879.

[3]- ابن عاشور، حاشية التّوضيح والتّصحيح على شرح التّنقيح، 190/2.

[4]- القاضي عبد الوهّاب، الإشراف، 316/1، ابن عاشور، حاشية التّوضيح والتّصحيح، 190/2، الموّاق، التّاج والإكليل، 532/1.

[5]- الشنقيطي، نثر الورود، 445/2.

وشهّر هذا النّقل العلويّ، وتبعه الشّنقيطيّ، قال صاحب المراقي[1]:

ورخصة بعكسها والسّبب *** وغيرها للاتّفاق يُنسب

يعني أنّ الرّخصة والسّبب عكس ما تقدّم بيانه في شرح الأبيات السّابقة التي جوّز فيها القياس على الحدود والكفّارات والتّقادير، فيمتنع فيها القياس على مشهور مذهب مالك[2].

وقد نسب ابن القصّار هذا المذهب وحكاه عن كثير من فقهاء وأصوليّ مذهب مالك[3]، ومشى عليه ابن العربي[4]، وابن جزيّ[5].

ومستند هذا القول أنّ الذي استقرّ عليه مذهب مالك عدم جواز المسح على الجوربين، وإن كان أسفلهما جلد مخروز، لأنّ المسح رخصة فلا يُقاس عليها غيرها، وكذا منعه –أي مالك- قياس غير التّمر على التّمر في بيع العرايا، وكالمسح على خفّ فوق خفّ قياساً على المسح على الخفّ الواحد[6].

الرّاجح:

والرّاجح في ذلك جواز القياس على الرّخص إذا ظهر لهذه الرّخصة معنى معقول، ووجد هذا المعنى في صور أخرى، أمّا إذا كانت الرّخصة مبنيّة على حاجات خاصّة لا توجد في عير محلّ الرّخصة فيمتنع حينها القياس لعدم

1- الشنقيطي، نثر الورود، 2/445.

2- المصدر نفسه.

3- ابن القصّار، عيون الأدلّة، 1/117.

4- ابن العربي، أحكام القرآن، 3/1237.

5- ابن جزي، تقريب الوصول إلى علم الأصول، ص351.

6- الأمين الشّنقيطي، نثر الورود على مراقي السّعود، 2/445.

الجامع كالسّفر فإنّه مشتمل على مشقّة معقولة يناسب القصر ولا يشاركه غيره من الصّنائع في ذلك النّوع من المشقّة المناسبة للقصر، فلا يُلحق غيره به.

وغالب ما يستدلّ به من عزا لمالك عدم القول بالقياس على الرّخص إنّما هو راجع: إمّا لانعدام النّظير لتلك الرّخصة، وعندها لا يكون ثمّة قياس، وإمّا لوجود مانع أو فارق يمنع من إجراء القياس[1].

المسألة الثّالثة: القياس على الفروع عند المالكيّة.

مذهب المالكيّة أنّ القياس على الفروع جائزٌ، بحيث يجوز القياس على الفروع الثّابتة بقياس على أصل فتصبح تلك الفروع أصولاً يقاس عليها فروعاً جديدةً.

يقول أبو الوليد الباجي: "إذا ثبت الحكم في الفرع على أصل جاز أن يُجعل هذا الفرع أصلاً لفرع آخر يقاس عليه بعلّة أخرى...والدّليل على على ما ذهبنا إليه أنّ الفرع لمّا ثبت الحكم فيه بالقياس صار أصلاً في نفسه فجاز أن يُستنبط منه معنى، ويُقاس عليه غيره، ودليل ثان وهو أنّه دلّ الدّليل على أنّ العلّة الثّانية علّة لذلك الحكم، وجب أن نُصحّح كونها علّة له كالعلّة الأولى، ويكون ذلك بمنزلة علّة متعدّية"[2].

وقد بيّن أبو زهرة الفائدة من موقف المالكيّة هذا فقال: "إنّ الفائدة واضحةٌ وتبدو من ثلاثة وجوه:

أوّلها: أنّ مالكاً كان يقيس على مسائل قد استنبطها الصّحابة وأخذوها

1- حاتم باي، التّحقيق، ص410.

2- الباجي، إحكام الفصول، 2/ 648.

بالقياس، فهو قد اعتبرها أصلاً وقاس عليها شبيهها من المسائل اعتماداً على فتاوى الصّحابة فهو في هذا لم يقس حكماً لم ينصّ عليه بل قد قاس على حكم علم هو أنّه قد أُخذ بالقياس والاستنباط وإنّ ذلك بلا ريب فيما إذا لم يجد بين يديه نصّاً يحمل عليه الفرع الذي بين يديه.

ثانيها: أنّ قياس الفرع على أصل علم بالقياس، توسيع لباب القياس لأنّه في هذه الحال تُتناسى العلّة التي ثبتت بالقياس الأوّل وتعقد موازنة جديدة بين هذا الفرع والآخر الذي اعتبر أصلاً له، فتتعرّف علّة الحكم فيه، وتثبت في الفرع لاشتراكهما في هذا الوصف.

ثالثها: أنّ هذا باب يتّسع به التّخريج في المذهب لأنّه يَعتبر الفروع التي استنبطت فيه أصولاً يقاس عليها، وبذلك يتّسع نطاق الفقه وينمو الاجتهاد فيه والتّخريج عليه، ولا تضيق الفُتيا ولا تصعب بل يكون التّخريج مفتوحاً والطّريق معبّداً"[1].

المسألة الرّابعة: القياس في الكفّارات والحدود والمقدّرات.

مشهور مذهب المالكيّة جواز جريان القياس في الكفّارات والحدود والمقدّرات، وهو ما نقله القرافيّ عن الباجيّ وابن القصّار[2].

يقول صاحب المراقي[3]:

والحدُّ والكفّارةُ التّقديرُ *** جوازُه فيها هو المشهورُ

1- محمّد أبو زهرة، مالك، ص277.

2- القرافي، شرح التّنقيح، ص415.

3- نثر الورود، ص444.

يرى جمهور الأصوليّين ما عدا أصحاب أبي حنيفة صحّة القياس في مسائل الكفّارات، والحدود والمقدّرات، قال أبو الوليد الباجي: "...إذا ثبت التّعبّد بالقياس، وأنّه دليل شرعي فإنّه يصحّ أن يثبت به الكفّارات والحدود والمقدّرات، هذا قول عامّة أصحابنا...وعامّة أصحاب الشّافعيّ-رحمه الله- ...والدّليل على ما نقول أنّه إذا ثبت من قولنا جميعاً وجوب القياس في الأحكام الشّرعيّة وجب أن يحكم به حيث صحّت علّته، وثبتت أمارته... ودليل آخر وهو اتّفاقنا على أنّ خبر الواحد تثبت به الحدود والكفّارات وإن كان طريقه غلبة الظّنّ، وكذلك شهادة الشّهود تثبت بها الحدود وإن جوّزنا عليهم الخطأ وتمُّد الكذب، فكذلك يجب أن تثبت الحدود والكفّارات والمقدّرات بالقياس وإن كان طريقه غلبة الظّنّ"[1].

ويؤيّده قياس الصّحابة رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمْ لمّا تشاوروا في حدّ شرب الخمر، حيث أثبتوه بالقياس، فقال عليّ: "إنّه إذا شرب سكر وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، وحدّ المفتري ثمانون"[2].

فإنّه قاس السّكران على المفتري القاذف لأنّ السّكر مظنّة الافتراء، وقد قاس أصحاب أبي حنيفة الأكل والشّرب عمداً في نهار رمضان على الجماع الثّابت في الحديث، بجامع أنّ كلاهما فيه انتهاك لحرمة شهر رمضان، فأوجبوا

1- الباجي، إحكام الفصول، 2/ 639.

2- الإمام مالك بن أنس، الموطأ، حديث رقم (153)، ص607 كتاب الأشربة، باب الحد في الخمر، ج1 ورد بلفظ (نرى أن تجلده بدل نجلده). حديث رقم 2 من كتاب الأشربة باب الحد في الخمر، ج2، ص842.

عليها الكفّارة.

وهذا عمر بن الخطّاب قد أدخل القياس في الزّكاة حين أمر بأخذ الزّكاة من الخيل، لمّا تبيّن له أنّ فيها ما يبلغ قيمة الفرس الواحدة منه ثمن مائة ناقة، فقال: "نأخذ من أربعين شاة ولا نأخذ من الخيل شيئاً"، وتبعه في ذلك أبو حنيفة فأوجب الزّكاة في الخيل بشروط معلومة.

ومن أمثلته في فروع المالكيّة: قياس النّبّاش على السّارق في القطع بجامع أخذ مال الغير من حرز مثله خفية، ومثاله في الكفّارات اشتراط الإيمان في رقبة كفّارة الظّهار واليمين قياساً على رقبة القتل الخطأ، ومثاله في التّقديرات تقدير أقل الصّداق بربع دينار قياساً على إباحة قطع اليد في السّرقة بجامع أنّ كلاًّ منهما فيه استباحة عضو[1].

المسألة الخامسة: التّعليل بالعلّة القاصرة عند المالكيّة.

يصحّ عند جمهور الفقهاء والأصوليّين والمالكيّة منهم التّعليل بالعلّة القاصرة (الواقفة) وهي العلّة التي لا تتعدّى محلّ النّص خلافاً لفقهاء الحنفية، مثالها تعليل تحريم الرّبا في الذّهب والفضّة كونهما أثماناً (الثّمنيّة)[2].

يقول صاحب المراقي[3]:

وعلّلوا بما خلت من تعدية *** ليُعلم امتناعه والتّقوية

1- الأمين الشّنقيطي، نثر الورود على مراقي السّعود، ص445.

2- القرافي، شرح التّنقيح، ص409.

3- نثر الورود، 2/468.

يقول أبو الوليد الباجي: "العلّة الواقفة علّة صحيحة، وبهذا يقول أصحاب مالك –رحمه الله– وأكثر أصحاب الشّافعي، وقال أبو حنيفة العلّة الواقفة باطلة.

والدّليل على ما نقوله، أنّ القياس أمارة شرعيّة، فجاز أن تكون خاصّة وعامة، ولا يخرجها عدم التّعدّي عن الصّحّة كالنّصّ، ودليل آخر وهو أنّ العلل العقليّة هي الأصل للعلل الشّرعيّة، ثمّ العلل العقلية لا تبطل بعدم التّعدّي، فكذلك الشّرعيّة.

ودليل ثالث وهو أنّ العلّة تستنبط بالدّليل، ثمّ تُعدّى بعد معرفتها بالدّليل، فعدم التّعدّي لا يبطلها بعد أن يدلّ الدّليل على صحّتها، ولو لم يدلّ الدّليل على صحّتها قبل ذلك لم يجز أن تكون علّة متعدّية كانت أم واقفة"[1].

ثمّ دفع الاعتراض بعدم وجود فائدة من العلّة القاصرة بقوله: "إنّنا لا نسلّم أنّها لا تفيد، فإنّها تفيد معرفة علّة الأصل، وأنّها غير متعدّية إلى فرع فيمنع من قياس غيره عليه، وربّما حدث فرع فيوجد فيه المعنى فيلحق به وهذه فوائد صحيحة"[2].

وهو معنى قول صاحب المراقي: "**ليعلم امتناعه والتّقوية**"، فبيّن فائدتين:

أمّا الأولى: فهي الامتناع بمعنى امتناع القياس على محلّ معلولها حيث يشتمل على وصف آخر متعدّ كتعليل طهوريّة الماء باللّطافة والرّقّة ولا يوجد

1– أبو الوليد الباجي، إحكام الفصول، 2/639.

2– المصدر نفسه، 2/640.

ما يماثل الماء فيها حتّى يتعدّى الوصف إليه فهذه علّة قاصرة على الماء، فلو علّلها مستدلٌّ آخر بالإزالة لكلّ ما يستقذر وهذا الوصف متعدّ لغير الماء من المائعات فإنّه لا يجوز الإلحاق بهذا الوصف المتعدّي لاحتمال عدم استقلاله بالعلّيّة إذ يحتمل أن تكون العلّة مركّبة منه ومن الوصف القاصر.

وأمّا الثّانية: فهي التّقوية بمعنى تقوية النّص الدّال على معلولها لأنّ التّعليل كنصّ آخر، فإذا كان النّصّ ظاهراً قابلاً للتّأويل تقوّى بالعلّة وامتنع تأويله، وإذا كان نصّاً قطعيّاً تقوّى أيضاً بها لما تقرّر من أنّ اليقين يتفاوت على التّحقيق، وهذا مراده بمعنى التّقوية[1].

---

[1]- محمد الأمين الشّنقيطي، نثر الورود على مراقي السّعود، 2/469- 470.

المطلب الثاني: دليل المصالح المرسلة

الفرع الأوّل: بيان معنى المصالح المرسلة:

المصلحة في اللّغة: بمعنى الصّلاح، وهي واحدة المصالح، يقال: رأى الإمام المصلحة في كذا، أي: الصّلاح، ونظر في مصالح النّاس، والصّلاح ضدّ الفساد[1].

أمّا في الاصطلاح فهي: المعاني التي يحصل من ربط الحكم بها وبنائه عليها جلب مصلحة أو دفع مفسدة عن الخلق، ولم يقم دليل معين على اعتبارها أو إلغائها[2].

وعليه فإنّ ما يحدث من الوقائع في حياة الناس كثيرا ما يشتمل على أمور تصلح أن تكون مناطا لحكم شرعي يحكم به بناء على تلك الأمور، وهذه الأمور هي ما تعرف عند علماء الأصول بالمعاني المناسبة للحكم.

وهذه المعاني المناسبة تتنوع بالنظر إلى شهادة الشارع لها بالاعتبار وعدمه إلى ثلاثة أنواع[3]:

أولا: المناسب المعتبر أو المصلحة المعتبرة:

وهي معان قام الدليل الشرعي على رعايتها واعتبارها، وهذه يجوز التعليل بها وبناء الحكم عليها باتفاق القائلين بحجية القياس، ويدخل في هذا النوع

1- ابن منظور، لسان العرب، 2/517، والزّبيدي، تاج العروس، 6/549.

2- ابن عاشور، مقاصد الشريعة، ص309.

3- حسين حامد حسّان، أصول الفقه، ص305.

جميع المصالح التي جاءت الأحكام المشروعة لتحقيقها، كحفظ النفس الذي شرع الشارع لتحقيقه تحريم القتل وإيجاب القصاص من القاتل عمدا، وكحفظ العقل الذي شرع الشارع لتحقيقه تحريم الخمر وإيجاب الحد على شاربها إلى غير ذلك من المصالح التي اعتبرها الشارع، وشرع الأحكام لتحقيقها[1].

وعن طريق هذه النوع من المصالح جاء دليل القياس، فإنه مبني على النظر في الأحكام الشرعية ومعرفة قصد الشارع فيها إلى مصلحة بعينها، حتى إذا وجدت هذه المصلحة في واقعة أخرى أخذت حكم الواقعة المصرح بحكمها[2].

ثانيا: المناسب الملغى أو المصلحة الملغاة:

وهي معان قام الدليل الشرعي المعين على إلغائها وعدم اعتبارها، وهذه لا يصح التعليل بها وبناء الحكم عليها باتفاق العلماء[3].

ذلك أن الشارع الحكيم لا يلغى مصلحة أرجح منها، كما يدل على ذلك استقراء المواضع التي ألغى الشارع فيها بعض المصالح، ولنضرب لذلك مثلا فمنع تعدد الزوجات قد يبدو أن فيه مصلحة، وهي أن يقطع ما يحدث بين الضرات من المنازعات والخصومات التي قد يكون لها أسوأ النتائج في حل الروابط بين أفراد الأسرة الواحدة، ولكن الشارع ألغى هذه المصلحة ولم

---

[1]- الشّاطبي، الموافقات، 11/2، وابن عاشور، مقاصد الشّريعة الإسلاميّة، ص307.

[2]- الشاطبي، الاعتصام، 8/1.

[3]- ابن رشيق، لباب الأصول، ص422.

يعتبرها، وأباح تعدد الزوجات اكتفاء باشتراط العدل بينهن لإباحة هذا التعدد نظرا لما يترتب عليه من المصالح العديدة كتكثير النسل والتوالد الذي هو المقصود الأول من الزواج وصون ذوي الشهوات الحادة من الوقوع في الزنا واتخاذ الخليلات وليكون التعدد أيضا علاجا اجتماعيا عندما يعرض للأمة نقص في الرجال، وخاصة في أعقاب الحروب حتى لا يبقى عدد كبير من النساء بدون عائل يقوم بشؤونهن، ويحصن نفوسهن[1].

ومن هذه الأمثلة الاستسلام للعدو فإنه قد يبدو أن فيه مصلحة وهي حفظ النفوس من القتل، ولكن الشارع الحكيم ألغى هذه المصلحة ولم يعتد بها، وأمر بدفاع العدو، ومقاتلته نظرا إلى مصلحة أرجح منها، وهي حفظ كيان الأمة وكرامتها[2].

ثالثا :المناسب المرسل أو المصالح:

وهي معان لم يقم الدليل الشرعي المعين على اعتبارها أو إلغائها لم يقم الدليل الشرعي المعين على اعتبارها أو إلغائها، وسكت عنها ولم يرتب حكما على وفقها وليس لها أصل معين تقاس عليه[3].

من هذا يتبين أن المصالح المرسلة عند الأصوليين هي: المعاني التي يحصل من ربط الحكم بها وبنائه عليها جلب مصلحة أو دفع مفسدة عن الخلق، ولم

1- محمد أحمد بوركاب، المصالح المرسلة، ص40.

2- الشّاطبي، الاعتصام، 3/8- 9.

3- المصدر نفسه، 12/3، والقرافي، شرح التنقيح، ص394.

يقم دليل معين على اعتبارها أو إلغائها[1].

وواضح من هذا التعريف أن المصالح المرسلة لا تكون إلا في الوقائع التي سكت الشارع عنها، وليس لها أصل معين تقاس عليهن ويوجد فيها معنى مناسب يصلح أن يكون مناطا لحكم شرعي يحكم به بناء على ذلك المعنى المناسب، بحيث إلى إذا عرضت على العقول تلقتها بالقبول.

يقول صاحب المراقي[2]:

والوصف حيث الاعتبار يُجهل *** فهو الاستصلاح قل والمرسلُ

نقبلــه لعمل الصّــحابة *** كالنّقط للمصـحف والكتابـة

تولية الصّـدّيق للفـاروق *** وهـدم جار مسجـد للضّيق

وعمل السّكّة[3] تجديد النّـدا *** والسّجن تدوين الـدّواوين بدا

أي: إنّ المالكيّة يجوّزون العمل بالمرسل رعايةً للمصالح، ومن ذلك تجويز مالك لضرب المتهم بالسّرقة ليُقرّ كما قال ابن عاصم في التّحفة:

وإن تكن دعوى على من يُتّهم *** فمالك بالسّجن والضّرب حكم

وفي بعض روايات الإفك أنّ علياً رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ضرب بريرة لتصدُق في الخبر عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا والنّبيّ ﷺ حاضر فلم ينكر وهو دليل لمثل ذلك[4].

1- ابن عاشور، مقاصد الشريعة، ص309.

2- نثر الورود، 2/505- 506.

3- أي العملة، المصدر نفسه.

4- انظر: فتح الباري، 8/469.

الفرع الثّاني: شروط العمل بالمصالح المرسلة عند المالكيّة.

الاستدلال بالمرسل أصل من أصول الأدلّة الاجتهاديّة عند المالكيّة، ولكنّ الأخذ به ليس على إطلاقه ولكن ثمّة شروط لابدّ من توفّرها، وقد نصّ عليها غير واحد من علماء المذهب المالكيّ خاصة نلخّصها فيما يلي:

الشّرط الأوّل: الملاءمة لمقاصد الشّارع.

فما دلّ الاستقراء القطعيّ أو الظّنّيّ القريب منه أن جنساً من المصالح اعتبر ولوحظ في شرع الأحكام الإسلاميّة كان ذلك دستوراً للفقيه بحيث يحمل على تلك الأجناس من المقاصد والمصالح المعتبرة شرعاً ما عُرض عليه من نوازل تحتاج إلى بتّ في الحكم وقطع في القضاء، قال الشّاطبيّ: "لابدّ من اعتبار الموافقة لقصد الشّارع لأنّ المصالح إنّما اعتبرت مصالح من حيث وضعها الشّارع كذلك"[1].

وقال ابن عاشور – معدّداً شروط المصلحة في مذهب مالك-: "...وأن لا يعارضها دليل شرعيّ أو مقصد من مقاصد الشّريعة...هذا صريح مذهب مالك –رحمه الله-"[2].

وبناءً على هذا الشّرط فالمصلحة التي تعارض النّصوص الشّرعيّة لا اعتبار لها، ولا تعويل عليها، مثاله: المطالبة بتسوية المرأة بالرّجل في الميراث، منع الطّلاق المشروع بنصوص الوحي، تصنيع الخمر بدعوى المصلحة الاقتصاديّة، ونحو ذلك.

1- الشّاطبي، الموافقات، 41/1.

2- ابن عاشور، حاشية التّوضيح والتّصحيح على شرح التّنقيح، 221/2.

الشّرط الثّاني: مجال المصالح المرسلة في الأحكام المعلّلة لا التّعبّديّة منها.

من أهمّ ما يشترط في المصالح المرسلة أن تكون فيما يدخل فيه التّعليل على التّفصيل، ومجال ذلك هو العادات والمعاملات لا العبادات التي لا مدخل فيها –على الجملة– للتّعليل بالمناسبات المصلحيّة التّفصيليّة الظّاهرة المعقولة، قال الشّاطبيّ: "موضوع المصالح المرسلة ما عقل معناه على التّفصيل والتّعبّدات من حقيقتها أن لا يعقل معناها على التّفصيل"[1].

الشّرط الثّالث: تعلّق المصالح المرسلة ببعض رتب المصالح.

اتّفق من قال بالمصالح في المذهب المالكيّ أنّها يُحتجّ بها إن وقعت في مرتبة الضّروريات أو الحاجيات أمّا إن نزلت في الرّتبة إلى التّحسينيات فقد اختلف المالكيّة في اعتبارها[2].

الشّرط الرّابع: يُشترط في المصلحة المرسلة أن تكون عامة لا خاصّة.

شرط بعض أئمّة المذهب المالكي أن تكون المصلحة المرسلة عامة بحيث ينسحبُ نفعها على عامة النّاس ولا تكون خاصة بالأفراد، قال ابن عاشور– في سياق ذكره لشروط المصلحة المرسلة–: "وشرطها...أن تكون عامّة هذا صريح مذهب مالك –رحمه الله–"[3].

وهذا الشّرط الذي قرّره الشّيخ ابن عاشور، ومن قبله القاضي ابن

1– الشّاطبي، الاعتصام، 57/3.

2– انظر في ذلك المصدر نفسه، والقرافي، نفائس الأصول، 4270/9، وابن عاشور، حاشية التّوضيح والتّصحيح، 221/2.

3– ابن عاشور، حاشية التّوضيح والتّصحيح، 221/2.

العربي[1]، وابن السّرّاج[2]، هو شرط لازم في المذهب المالكي فالنّظر في المصالح المرسلة لابدّ أن يكون نظراً كلّياً لعموم النّاس، ولقد جرى لأئمّة المذهب المالكي التّعبير عن المصالح المرسلة بعبارة المصالح العامة، ومن تتبّع مسائل الفروع الفقهيّة في مذهب المالكيّة وجدها طافحة باعتبار المصلحة المرسلة إذا كانت عامّة، والتّنصيص على العموم في هذه المواضع يدلّ على أنّها من شروط اعتبارها[3].

الفرع الثّالث: تخصيص العام بالمصلحة المرسلة عند المالكيّة.

العموم إنّما يكون عموماً بالقصد المقارن للقول، فالعموم ينطبق على الأفراد التي قصدها من صدر عنه العموم، فما جاء مخالفاً للقصد أو كان بعيداً عن القصد بحيث لا يخطر ببال فإدخاله في العموم نوع من التّكلّف لا يستقيم لأنّه خارج عن كون المتكلّم بالعموم قد قصده[4].

إذا تقرّر هذا فإنّ بعض الأفراد المندرجة تحت العموم-بحسب ظاهر اللّفظ- ولكنها تخالف ما استقرّ في الشّرع من القواعد المصلحيّة المستقرأة من فروع الشّريعة ممّا يجب أن تكون خارجة عن كونها مشمولة للفظ من صدر عنه العموم، وإذا كان العام يخصّص باللّفظ الخاص ولو كان آحاداً،

---

[1]- ابن العربي، القبس، 2/ 779.

[2]- المعيار المعرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب، 5/ 226.

[3]- انظر على سبيل المثال: الدّردير، الشّرح الكبير، 4/ 174، والصّاوي، بلغة السّالك، 4/ 247، وعلّيش، منح الجليل، 7/ 513.

[4]- ابن العربي، القبس، 4/ 119- 120.

وبالقياس أيضاً فمن باب أولى أن تخصّصه القواعد العامة في الشّريعة القطعيّة أو القريبة من القطع.

يقول الشّاطبي: "في مذهب مالك الأخذ بمصلحة جزئيّة في مقابلة دليل كلّيّ، ومقتضاه الرّجوع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس.."[1].

ثمّ مثّل لهذا بمشروعيّة القرض وبيع العريّة بخرصها تمراً، والجمع بين المغرب والعشاء للمطر، والجمع للسفر، وسائر التّرخّصات، فكلّ هذه المسائل الدّليل العام يقتضي منعها، إلاّ أنّ رعاية مصالح النّاس من جلب نفع أو دفع ضرر اقتضى مشروعيّتها رفقاً بهم.

ومن المسائل التي تنطبق عليها القاعدة في الفقه المالكي ما يلي:

1-استثناء المرأة الشّريفة من عموم قوله تعالى: ﴿ **والوالدات يرضعن أولادهنّ حولين كاملين لمن أراد أن يتمّ الرّضاعة** ﴾ (سورة البقرة 233).

فقد جاء في المدوّنة ما نصّه: "قال: سألت مالكاً عن المرأة ذات الزّوج أيلزمها إرضاع ابنها؟ قال: نعم يلزمها إرضاع ابنها على ما أحبّت أو كرهت، إلاّ أن تكون ممّن لا تكلّف ذلك، فقلت لمالك: ومن التي لا تكلّف ذلك؟ قال: المرأة ذات الشّرف واليسار الكثير التي ليس مثلها ترضع وتعالج الصّبيان، فأرى ذلك على أبيه، وإن كان لها لبن"[2].

قال ابن أبي زيد: "...وذلك أنّ الله يقول:﴿ **لا تضآرّ والدة بولدها** ﴾ (البقرة

1- الشاطبي، الموافقات، 4/169.

2- المدوّنة، 2/294.

233) وهذا من الضّرر أن يبلغ بها أن يخرج بها إلى تَحمُّل ما يشقّ عليها، وما ليس من شأنها، ولا من معرفتها، وما لا تقوم مثلُها بمثله، ولا يقدر مثلها على إمساك الصّبيان وتعاهدهم، والقيام عليهم، فلا تكلّف ذلك، لأنّ ذلك من الضّرر المرفوع..."[1].

ووجه التّخصيص بالمصلحة كما قال ابن العربي هو "أن هذا أمرٌ كان في الجاهليّة في ذوي الحسب وجاء الإسلام عليه فلم يغيّره، وتمادى ذوو الثّروة والأحساب على تفريغ الأمّهات للمتعة بدفع الرّضعاء إلى المراضع إلى زمانه، فقال به... فحقّقناه شرعاً"[2].

2-قبول شهادة الصّبيان بعضهم على بعض في الجراح في أماكنهم الخاصة قبل أن يتفرّقوا، وهو تخصيص لقوله تعالى: ﴿**واستشهدوا شهيدين من رجالكم**﴾ (سورة البقرة 282)، وقوله: ﴿**وأشهدوا ذوي عدل منكم**﴾ (سورة الطّلاق 2).

وقد جاء في الموطّأ: "قال مالك: الأمر المجتمع عليه عندنا أنّ شهادة الصّبيان تجوز بينهم في الجراح، ولا تجوز على غيرهم، وإنّما تجوز شهادتهم فيما بينهم من الجراح وحدها، ولا تجوز في غير ذلك، إذا كان ذلك قبل أن يتفرّقوا، أو يُخبّبوا، أو يعلّموا.."[3].

قال ابن رشد: "وإجازة مالك لذلك هو من باب إجازته قياس المصلحة"[4].

3-جواز سجن المتّهم وضربه، من أجل استخلاص حقوق النّاس من

---

[1]- ابن أبي زيد القيرواني، الذّبّ عن مالك، ص144.

[2]- ابن العربي، أحكام القرآن، 1/278.

[3]- مالك، الموطّأ كتاب الأقضية، باب القضاء في شهادة الصّبيان، رقم1433، ص365.

[4]- ابن رشد، بداية المجتهد، 2/398.

أيدي السّرّاق والمجرمين، إذا قامت القرائن التي تحدث الظّنّ بالمتّهم.

قال الشّاطبيّ: "وذهب مالك إلى جواز السّجن في التّهم وإن كان السّجن نوعاً من العذاب، ونصّ أصحابه على جواز الضّرب"[1].

فهذه الفتوى تخصيص لعموم قوله ﷺ:"لو يعطى النّاس بدعواهم لادّعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكنّ اليمين على المدّعى عليه"[2].

4-جواز الاشتغال في بعض الوظائف القائمة على أساس غير شرعيّ للحاجة والمصلحة، مثل الاشتغال في بعض البنوك الرّبويّة أو القضاء أو المحاماة، وفي هذا السّياق يقول الشّاطبيّ: "ومن هذا الأصل تستمدّ قاعدة أخرى، وهي: أنّ الأمور الضّروريّة أو غيرها من الحاجيّة أو التّكميليّة إذا اكتنفتها من خارج أمور لا ترضى شرعاً، فإنّ الإقدام على جلب المصالح صحيح، على شرط التّحفّظ بحسب الاستطاعة من غير حرج، كالنّكاح الذي يلزمه طلب قوت العيال مع ضيق طرق الحلال، واتّساع الحرام والشّبهات، وكثيراً ما يلجأ إلى الدّخول في الاكتساب لهم بما لا يجوز، لكنّه غير مانع لما يؤول إليه التّحرّز من المفسدة المربية على توقّع مفسدة التّعرّض...وكذلك طلب العلم إذا كان في طريقه مناكر يسمعها ويراها، وشهود الجنازة، وإقامة وظائف شرعيّة، إذا لم يقدر على إقامتها إلاّ بمشاهدة ما لا يرتضى، فلا يخرج هذا العارض تلك الأمور عن أصولها، لأنّ أصول الدّين، وقواعد المصالح وهو المفهوم من مقاصد الشّارع، فيجب فهمها حقّ الفهم... "[3].

1- الشّاطبي، الاعتصام، 2/54.

2- أخرجه مسلم، كتاب الأقضية، انظر: شرح مسلم على النووي 4/12، رقم 1711.

3- الشّاطبي، الموافقات، 4/172.

المطلب الثالث: دليل الاستحسان

الفرع الأوّل: تعريف الاستحسان:

يُعدّ مصطلح "الاستحسان" من المصطلحات الأصولية التي ثار حولها نقاش كبير في كتب أصول الفقه. ومما أذكى تلك النقاشات قلَّة وضوح معنى هذا المصطلح حتى عند القائلين به والمدافعين عنه. ويظهر الغموض الذي يلفّ المصطلح في اختلافات القائلين به في تعريفه، وفي بيان حقيقة المراد به عند مؤسسي المذاهب التي يُنْسَب إليها القول به. بل إن الأمر يصل في المذهب المالكي إلى حدّ الخلاف بين علماء المذهب في صحّة نسبة القول به إلى الإمام مالك، وفي ما يلي بيان مفهومه عند المالكيّة ومدى صحّة نسبته إلى الإمام مالك.

أوّلاً: في اللّغة: استحسن المرء الشّيء عدّه حسناً[1].

ثانياً: في الاصطلاح: الاستحسان في المذهب المالكي هو تقديمٌ للاستدلال المرسل على الدّليل العام في بعض مقتضياته على طريق الاستثناء[2].

يقول ابن العربي: "الاستحسان عندنا وعند الحنفيّة هو العمل بأقوى الدّليلين، فالعموم إذا استمرّ والقياس إذا اطّرد، فإنّ مالكاً وأبا حنيفة يريان تخصيص العموم بأيّ دليل كان من ظاهر أو معنى، ويستحسن مالك أن يخصّ بالمصلحة، ويستحسن أبو حنيفة أن يخصّ بقول الواحد من الصّحابة الوارد بخلاف القياس"[3].

---

[1]- ابن منظور، لسان العرب، 117/13.

[2]- حاتم باي، الأصول الاجتهادية في مذهب مالك، ص 275.

[3]- نقلاً عن الشّاطبي، الاعتصام، 96/2.

قال الشّاطبيّ: "وحدّه ابن العربي من أهل المذهب بأنّه عند مالك استعمال مصلحة جزئيّة في مقابلة قياس كلّي"[1].

ويقسم ابن العربي الاستحسان إلى الأنواع الآتية: ترك عموم الدليل للعرف كما هو الحال في الرجوع في الأيمان إلى العرف، وترك الدليل إلى المصلحة مثل القول بتضمين الأجير المشترك مع أن الأصل في الأجير أنه مؤتمن لا ضمان عليه، وترك الدليل للإجماع ويمثل له بإيجاب الغرم على من قطع ذنب بغلة القاضي، فالأصل أن الضمان يكون لقيمة النقص الحاصل في الدابة وهو الذيل المقطوع، ولكن لما كانت الدابة للقاضي فإن الجاني يكون عليه ضمان القيمة الكلية للدابة، وذلك لاستقباح ركوب القاضي دابة مقطوعة الذيل، فصار إتلاف ذيلها في حكم إتلافها كلها، وأخيرا ترك الدليل في اليسير لرفع المشقة وإيثار التوسعة على الخلق مثل إجازة التفاضل اليسير في المراطلة الكثيرة وإجازة بيع وصرف في اليسير[2].

ثالثاً: نسبة هذا الدّليل للإمام مالك.

نُقل إنكار كثير من أعلام المذهب نسبة القول بالاستحسان . بوصفه مصطلحا أصوليا له دلالاته . إلى الإمام مالك أو عدّه من أصول المذهب، فإن الذي يترجّح -عند بعض الباحثين[3]- أن الإمام مالكاً لم يستخدم مصطلح

---

[1]- نقلاً عن الشّاطبي، الاعتصام، 2/ 96.

[2]- المصدر السّابق.

[3]- منهم الدكتور نعمان جغيم في بحث له على شبكة الإنترنيت، بعنوان: تحرير القول في معنى الاستحسان عند المالكيّة - دراسة نقدية- الرّابط:

http://feqhweb.com/vb/t13717.html، يوم 27/ 08/ 2019، على الساعة 22:00.

الاستحسان بنفسه، وإنما استخدمه بعض أتباعه.

ويبدو أن سبب ذلك الاستخدام هو ما رآه أولئك الأتباع من توافق كثيرٍ من الاجتهادات التي رُوِيَت عن الإمام مالك في معناها مع ما اصطلح عليه فقهاء المذهب الحنفي بالاستحسان، ولمَّا كان اصطلاح الاستحسان قد أصبح شائعا في عصرهم فقد أطلقوا على تلك الاجتهادات هذا الاصطلاح وتوسّعوا في ذلك، ونسبوا القول به إلى مالك في بعض الحالات باعتبار معناه لا باعتبار أنه استعمله كمصطلح .

ويؤيد ذلك تعليق الأبياري على تعريف ابن العربي، وذهابه إلى أن ما يعرف بـ"الاستحسان" في كتب المذهب إنما هو: "استعمال مصلحة جزئية في مقابل قياس كلي"، بناء على ما اشتُهِر من أن الإمام مالك كان يقدِّم الاستدلال المرسل (المصحلة المرسلة) على القياس. وهو الأمر نفسه الذي ذهب إليه ابن رشد والشاطبي[1].

فما عُرف عن الإمام مالك من تقييد عموم الأقيسة والقواعد العامة بالمصالح الجزئية المعتبرة شرعا، يُشبه في مضمونه بعض ما اصطلح عليه علماء الحنفية بالاستحسان، فكان ذلك دافعاً لبعض علماء المذهب المالكي إلى إطلاق مصطلح الاستحسان على هذه الاجتهادات.

فمن الذين أهملوا ذكره كلية ضمن أصول المذهب المالكي: ابن القصار الذي حصر أدلة مالك في: الكتاب، والسنة، والإجماع، والاستدلالات منها،

1- فريد الأنصاري، المصطلح الأصولي عند الشّاطبي، ص125.

والقياس عليها، ولم يورد ذكرا للاستحسان ولم ينسبه إلى مالك .

وكذلك الشأن عند القاضي عبد الوهاب البغدادي، حيث حدّد الأدلة المعتبرة في المذهب في: الكتاب، والسنة، والإجماع، والقياس، وعمل أهل المدينة، بل نُقِل عنه الإنكار الصريح لصحّة نسبة القول بالاستحسان إلى الإمام مالك كما سبق بيانه. وكذلك القاضي عياض في كتابه "**ترتيب المدارك**" لمَّا كان بصدد تعداد مصادر الإمام مالك، حيث حصرها في: الكتاب، والسنة، والإجماع، والقياس، والشريف التلمساني في كتابه "**مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول**".

ومن الذين صرّحوا بأنه لا يُعدّ من أصول المذهب، وأنه مجرّد تعبير تواضع عليه بعض أهل الفقه، أبو الوليد الباجي الذي لم يُدخله ضمن الأدلة الشرعية لا الأصليّة ولا التّبعيّة، وإنما رآه مجرّد تعبير (مواضعة)، حيث يعلق على ما ذكر في بعض كتب المالكية من القول بالبناء في مَن قطع صلاته بالرعاف للرواية الواردة في ذلك، وهو ما اعتبروه استحسانا بالعدول عن القياس، فيقول: "وهذا الذي ذهب إليه (النص الوارد في الرعاف) هو الدليل، وإن كان يسميه استحسانا على سبيل المواضعة، ولا يمتنع ذلك في حق أهل كل صناعة.

ويذهب الباجي خطوة أبعد من عدّ الاستحسان مجرد مواضعة، ليهدم أساسا من الأسس التي بُنِيّ عليها هذا الاصطلاح، وهو كونه عدولا عن الأصل، حيث يرى أن القول في الرعاف بالبناء ليس تخصيصا للأصل الذي بُنِيّ عليه القول بالاستئناف، وإنما النص الوارد في البناء بسبب الرعاف أثبت أصلا آخر مستقلا بنفسه؛ فليس هناك استثناء ولا ما يمكن أن يوصف بأنه

استحسان[1]، وهذه إشارة إلى عدم موافقة الباجي على فكرة كون بعض النصوص أصولا والبعض الآخر مخالفا للأصول، بل كلّ نص شرعي ثبتت صحته يعدّ أصلا في حدّ ذاته فيما يشمله من المسائل، وليس استثناء من أصل آخر ولا معارضا له، وهو الرأي الذي يذهب إليه ابن حزم الأندلسي[2].

ويبدو أن عدم تصريح الأوائل من علماء المذهب المالكي الذين استخدموا مصطلح الاستحسان ونسبوه إلى مذهب مالك بأنّ ذلك مجرّد اجتهاد وتخريج منهم، وليس رواية نصية عن الإمام مالك، جعل بعض من جاء بعدهم يظنّ أن تعبيرات الاستحسان الواردة في كتب الأتباع منسوبة إلى مالك نصّا وليس معنى فقط[3].

يقول صاحب المراقي[4]:

والأخـــذ بالذي له رجحان *** مـــن الأدلّة هـو استحســان
أو هو تخصيصٌ بعرف ما يَعُم *** ورعيَ الاستصلاح بعضُهم يؤُم
وردُّ كـــونه دليلاً ينقـدح *** ويقصُـر التّعبير عنه متّضـح

---

[1]- الباجي، إحكام الفصول، 3/369.

[2]- يرفض ابن حزم وجود فكرة الأصول والفروع في الدين، ويرى أن أحكام الدين كلها أصول، فكل ما ورد النص عليه في القرآن أو في السنة الثابتة يعدّ بنفسه أصلا مستقلا وليس استثناء من غيره، ومن ثم فإن عدم اعتبار بعض النصوص الثابتة بحجة مخالفتها للأصول والقواعد العامة فكرة مرفوضة عنده. أبو محمد علي بن أحمد ابن حزم، **الإحكام في أصول الأحكام**، 2/516.

[3]- نعمان جغيم، تحرير القول في معنى الاستحسان عند المالكيّة، مرجع سابق.

[4]- نثر الورود، 2/570.

يعني أنّ المالكيّة في معنى الاستحسان المعمول به عندهم أربعة أقوال[1]:

1-أنّه الأخذ بأقوى الدّليلين كتخصيص العرايا من عموم منع بيع الرّطب بالتّمر لأنّه دليل أخصّ، وهذا القول نقله الباجي عن ابن خويز منداد.

2-أنّ الاستحسان هو تخصيص الدّليل العام بالعادة لمصلحة كاستحسان جواز دخول الحمّام من غير تعيين زمن المكث فيه وقدر الماء فإنّ العادة جرت بذلك، وهو قول أشهب.

3-أن الاستحسان هو استعمال مصلحة جزئيّة كما إذا اختار بعض ورثة المشتري بالخيار الرّد وبعضهم الإمضاء فالقياس ردّ الجميع إن ردّ بعضهم لأن من ورثوا عنه الخيار لو ردّ البعض تعيّن ردّ الجميع لما في التّبعيض من إدخال الضّرر على البائع، والاستحسان أخذ الجميع ارتكاباً لأخفّ الضّررين، فالاستحسان على هذا القول هو أخذٌ بمصلحة جزئيّة في مقابلة أدلّة كلّيّة، وهذا قول الأبياري.

4-ما قاله بعضهم من أنّ الاستحسان دليل ينقدح في نفس المجتهد تقصر عبارته عنه، وهو مردود كما قال ابن الحاجب، ووجه ردّه أنّ الاستحسان لا يكون إلاّ من مجتهد والمجتهد يشترط فيه أن يكون قادراً على التّعبير عمّا في نفسه[2].

---

[1]- الأمين الشّنقيطي، نثر الورود على مراقي السّعود، 2/571.

[2]- ابن الحاجب، مختصر المنتهى الأصولي مع شرح الأصفهاني، 3/281.

الفرع الثّاني: الفرق بين الاستحسان المـالكي والاستحسان الحنفي.

من أجل مزيد بيان العلاقة بين مفهومي الاستحسان في المذهبين المـالكي والحنفي نعقد مقارنة سريعة بينهما لنرى أوجه التشابه وأوجه الاختلاف.

أوّل ما يلاحظ في هذه المقارنة أن علماء المـالكية غير متفقين على نسبة الاستحسان إلى مالك وعلى جعله أصلا من أصول المذهب، في حين نجد اتفاق علماء الحنفية على نسبته إلى المذهب وأئمته وإن اختلفوا بعد ذلك في المعاني التي استخدموه فيها، كما أن المثبتين للاستحسان من فقهاء المـالكية لم يضطربوا كثيرا في تحديد مفهومه وإن اختلفوا في مداه بين موسِّع ومضيِّق، حيث يدور في مجمله على ترك دليل إلى دليل آخر يكون العمل به أولى مراعاة لمصلحة وطلبا للتيسير، في حين نجد عند فقهاء الحنفية بين المتقدمين والمتأخرين خلافا واضطرابا كبيرا في تحديد مفهومه وحقيقته.

وإذا أخذنا تعريفات أتباع كل من المذهبين في عمومها، فإننا نلاحظ بعض أوجه التشابه وبعض أوجه الاختلاف، وتتمثل **أوجه التشابه** فيمل يأتي[1]:

-جعل الاستحسان بالإجماع من أنواع الاستحسان عند المتأخرين من الحنفية من جهة وعند ابن العربي من المـالكية.

-التشابه بين تعريف الجصاص من جهة حين جعل من معاني الاستحسان تخصيص القياس بدليل أقوى منه، وتعريف ابن العربي من جهة أخرى حيث يرى أن أبا حنيفة ومالك يتفقان في القول بتخصيص القياس، ومن ثم القول

1- محمد أبو زهرة، مالك حياته وعصره وآثاره، ص283.

بتخصيص العلة ويجعل ذلك من أنواع الاستحسان المشتركة بين المذهبين، وهو ما أيّده كل من ابن رشد والشاطبي حين عدّا جوهر الاستحسان في المذهب المالكي من باب تخصيص القياس عندما يؤدي إجراؤه بإطلاق إلى مشقة وحرج خارجين عن مبادئ الشريعة ومقاصدها .

-ومن أوجه التشابه الاستحسان بالمصلحة الذي هو عمدة الاستحسان عند القائلين به من المالكية؛ فعلى الرغم من أنه يبدو في الظاهر اختصاص المالكية به، إذ لم يُذكر هذا النوع بشكل صريح في تقسيمات الحنفية، إلا أنه عند التدقيق فيما يصطلحون عليه "الاستحسان بالضرورة" نجد أنه يُشبه إلى حدّ بعيد الاستحسان بالمصلحة عند المالكية لأنه عائد إلى تحقيق مصلحة المكلفين برفع الحرج والمشقة عنهم في المسائل التي يؤدي فيها العمل بالقياس إلى مشقة وحرج[1].

أما جوانب الاختلاف فمنها تفسير الحنفية للاستسحان بالعدول عن موجب قياس جلي إلى قياس خفي أقوى منه، وهذا النوع لا ذكر له عند المالكية حتى عند المتوسعين منهم كابن العربي. ومنها الاستحسان بالنص، حيث يجعله الحنفية نوعاً من أنواع الاستحسان، ولا يورده المالكية ضمن أنواعه. ولكن يلاحظ على الأمثلة التي أوردها الشاطبي عند محاولته لتسويغ مفهوم الاستحسان بأنه في جوهره غير خارج عن أدلة الشرع أنها من قبيل ما يسميه الحنفية استحساناً بالنص، حيث ذكر إباحة القرض، وبيع العرايا،

---

[1]- حسين حامد حسّان، أصول الفقه، ص320- 324.

والقصر والجمع في الصلوات، وغيرها [1].

الفرع الثّالث: أنواع الاستحسان عند المالكيّة:

قسّم الشّاطبيّ الاستحسان إلى الأنواع التّالية[2]:

النّوع الأوّل: الاستحسان بالإجماع.

ومثاله: قول المالكيّ بوجوب غرم قيمة الدّابة كاملة على من قطع ذَنَب بغلة القاضي، مع أنّ القياس يقضي أن لا يغرم الجاني إلاّ ما أنقصها القطع فقط، لكنّهم أجمعوا استحساناً على ذلك، لأنّ ركوب القاضي لها امتنع بسبب فحش ذلك العيب حتّى غدت بالنّسبة إلى ركوب مثله في حكم العدم.

النّوع الثّاني: الاستحسان بالمصلحة.

ومثاله: قولهم بتضمين الأجير المشترك، كتضمين صاحب الحمّام الثّياب، وتضمين صاحب السّفينة، وتضمين الصّنّاع ما يتلف بأيديهم من السّلع التي تسلّموها للعمل فيها بالأجر، مع أنّ القياس يقتضي عدم تضمينهم، ولكنّ المصلحة تقتضي ذلك حفاظا للأموال من الضّياع والإتلاف.

النّوع الثّالث: الاستحسان بالعرف.

ومن أمثلته: فتوى الإمام مالك فيمن قال: "والله لا دخلت مع فلان بيتاً" فإنّه لا يحنث بدخوله المسجد استحساناً بالعرف، إذ قد جرى عرف النّاس على أنّ لفظ البيت لا يطلق على المسجد، مع أنّ اللّغة تقتضي ألفاظها أن يطلق

---

[1]- الشّاطبي، الموافقات، 4/208، وابن العربي، أحكام القرآن، 3/755.

[2]- الشّاطبي، الاعتصام، 2/145.

لفظ البيت على المسجد.

النّوع الرّابع: الاستحسان بترك اليسير للتّوسعة ورفع الحرج.

ومن أمثلته: فقد أجاز المالكيّة العقود المشتملة على الغرر اليسير مع أنّ قاعدة الغرر تمنعه قياسا ولكنّ قاعدة رفع الحرج والتّيسير القطعيّة تبيح ذلك استحسانا، ولقد توسّع الإمام مالك في ذلك حتّى اتّسم مذهبه بسمة اليسر ومراعاة مصالح النّاس وتلبية حاجاتهم، بحيث لا يقع النّاس في الحرج أو المشقّة[1].

النّوع الخامس: الاستحسان بعمل أهل المدينة.

ومن صوره إجازة الإمام مالك الهبة بثواب غير مسمّى، مع أنّ القياس يمنع ذلك لأنّ هبة الثّواب كالبيع، وفي البيع لابدّ من تسمية الثّمن، غير أنّ الإمام مالكاً أجاز ذلك استحساناً، وعدل عن ذلك لأنّ عمل أهل المدينة جرى بذلك.

النّوع السّادس: الاستحسان بمراعاة الخلاف.

إنّ الاستحسان بمراعاة الخلاف معناه العدول عن القياس في بعض المواضع لمعنى يقتضيه ذلك، لأنّ القياس أن يجري المجتهد على مقتضى دليله ولكنّه يجري على خلاف مقتضى دليله، فيصحّح الفعل بعد أن كان ممنوعاً ابتداءً، درءاً لمفسدة تترتّب على عدم تصحيحه، أو جلباً لمصلحة تحصل بتصحيحه، وهنا لابدّ من الرّجوع إلى أصل مراعاة الخلاف.

1- حسين حامد حسّان، أصول الفقه، ص321.

الفرع الرّابع: خلاصة في الاستحسان عند المالكيّة:

ويرى بعض الباحثين المعاصرين[1] أن نسبة القول بالاستحسان لفظا واصطلاحا إلى مالك لا تصحّ، وأن استخدامه في مذهبه من قبل بعض الأتباع لا يرفعه إلى درجة كونه أصلا من أصول الاستنباط في المذهب، بل هو عند من كان يعبّر به من فقهاء المذهب أقرب ما يكون إلى ما وصفه به ابن رشد بأنه "جمع بين الأدلة المتعارضة"، أو ما وصفه به الشاطبي بأنه نوع من النظر في مآلات الأفعال. ولا شك أن الجمع بين الأدلة المتعارضة والنظر في مآلات الأفعال لا تعدو أن تكون طرقا للتعامل مع النصوص والأدلة الجزئية ولا يمكن رفعها إلى أصول الاستنباط والأدلة الإجمالية.

فإن قيل: سواء قلنا إن الاستحسان أصل من أصول الاستنباط، أو مجرد تعبير عن بعض مسالك الجمع والترجيح بين الأدلة والنظر في مآلات الأفعال، فإن المحصلة واحدة، وقد اندرس هذا الموضوع ولم يعد محل نزاع كبير، ولا مشاحة في الاصطلاح. فإن الجواب أن هذا الأمر لا يمكن تسليمه كله، فمع أنه لا اعتراض من حيث المبدأ على قاعدة "لا مشاحة في الاصطلاح"، إلا أن هذه القاعدة تُعمَل عندما لا يترتب على الاصطلاح لبس أو اختلاط في المفاهيم، أما إذا أدى الأمر إلى ذلك فإن الاصطلاح يصير محل

---

[1]- منهم الدكتور نعمان جغيم في بحث له على شبكة الإنترنيت، بعنوان: تحرير القول في معنى الاستحسان عند المالكيّة – دراسة نقدية- الرّابط:
http://feqhweb.com/vb/t13717.html، يوم 2019/08/27، على الساعة 22:00.

المشاحة وينبغي أن يضبط.

وقد أدى ما شاع عند المتأخرين من الأصوليين من عدّ الاستحسان دليلاً من الأدلة (حتى وإن عدوه من الأدلة التبعية أو المختلف فيها) إلى لبس في فهم بعض المعاصرين، الأمر الذي جعلهم يتنقدون الأصوليين بعدم تطوير أصل الاستحسان، ويرون أن ذلك من الجوانب التي ينبغي تطويرها في محاولة تجديد هذا العلم ولعمري كيف تُبنى نظرية أصول الفقه على أصل غامض ليست له حقيقة في ذاته.

المطلب الرّابع: دليل سدّ الذّرائع

من المتفق عليه، أن الشريعة الإسلامية منهج حياة الناس في كل زمان ومكان، فكان لزاما على كل باحث أن ينظر في نصوص الكتاب والسنة، ليتوصل عن طريق الأدلة والقواعد والمقاصد إلى أحكام الشريعة، وينبغي أن نستفيد من مصادر أخرى في البحث عن أحكام ومقاصد الشرع، ولا سيما في التطبيقات في الحياة العملية، مع مراعاة الضوابط والمناهج التي سلكها الأئمة في ذلك وسيرتكز منهج البحث في هذا الموضوع عن المقصود بسد الذرائع، ثم أقسام الذرائع عند الفقهاء المالكية، وأخيرا سنتناول شواهد من الفقه المالكي على العمل بسد الذرائع.

الفرع الأوّل: تعريف سدّ الذّرائع:

أوّلاً: في اللّغة:

عرّفها ابن منظور فقال: "الذّريعة الوسيلة، وقد تذّرّع فلان بذريعة، أي توسّل بوسيلة، والجمع ذرائع[1].

ثانياً: في الاصطلاح:

الذريعة عند الأصوليين هي: الوسيلة أو الطريقة الموصلة إلى الشيء المراد أو المقصد، وهي جمع ذريعة، ومعنى سدها: حسم مادة وسائل الفساد دفعا لها، فمتى كان الفعل السالم عن المفسدة وسيلة للمفسدة منع من ذلك الفعل،

1- ابن منظور، لسان العرب، 14498/3، مادة (ذرع).

وهو مذهب مالك[1].

ويعرف الإمام القرطبي الذريعة بقوله بأنها: "عبارة عن أمر غير ممنوع لنفسه يخاف من ارتكابه الوقوع في ممنوع والمشهور أن الإمام مالك يقول بسد الذرائع، بل أنه أكثر من العمل به"[2].

يقول الشاطبي في ذلك: "وهذا الأصل ينبني عليه قواعد، منها: قاعدة الذرائع التي حكمها مالك في أكثر أبواب الفقه"[3].

ويقول بعد ذكر الفعل الذي يكون أداؤه إلى المفسدة كثيرا – لا غالبا ولا نادرا – فهو موضع النظر والالتباس، والأصل فيه الحمل على الأصل من صحة الإذن، ثم يقول: إلا أن مالكا اعتبره في سد الذرائع بناء على كثرة القصد ووقوعه[4].

وقال في تبصرة الحكام: "فمتى كان الفعل السالم عن المفسدة وسيلة إلى المفسدة منعنا من ذلك الفعل وهو مذهب مالك هذا ما ذكره فقهاء المذهب المالكي بخصوص سد الذرائع"[5].

ويؤكده كثرة ذكرهم للذريعة في كثير من أبواب الفقه والمسائل الفرعية، كما تذكر كتب الأصول المالكية أن أصل الذرائع متفق عليه، وإنما الخلاف في

---

[1]- القرافي: الفروق، 2 / 32.
[2]- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 2/51.
[3]- الشّاطبي، الموافقات، 4/198.
[4]- الشّاطبي، الموافقات، 3/361.
[5]- ابن فرحون، تبصرة الحكّام، 3/376.

التسمية ومجال التطبيق في الجزئيات أي أن الخلاق في تحقيق مناط هذه القاعدة في بعض الجزئيات[1].

الفرع الثّاني: أقسام الذّرائع عند المالكيّة:

فيما يتعلق بأقسام الذرائع عند الفقهاء المالكية، سأتوقف عند نموذجين فقط لتقسيمات سد الذرائع: تقسيم الإمام القرافي، والإمام الشاطبي.

أوّلاً: تقسيم الإمام القرافي للذّرائع:

قسم القرافي الذرائع في كتاب شرح تنقيح الفصول إلى ثلاثة أقسام[2]:

الأول :وهو الذي أجمعت الأمة على سده ومنعه وحسمه، أي أنه معتبر إجماعا، كحفر الآبار في طريق المسلمين، فإنه وسيلة إلى إهلاكهم فيها، وإلقاء السم في أطعمتهم، وسب الأصنام عند من يعلم أنه يسب الله عز وجل.

الثاني: أجمعت الأمة على عدم منعه، وأنه ذريعة لا تسد، ووسيلة لا تحسم، كالمنع من زراعة العنب خشية الخمر، فإنه لم يقل به أحد، أي أن هذا القسم ملغى إجماعا، لأن الفساد بعيد جدا، فلم يمنع شيء من ذلك لبعد المفسدة من المصلحة، ويدل على ذلك ما نشاهده في مشارق الأرض ومغاربها من دوالي العنب المغروسة، ولم يمنع أحد من غرسها خوف شرب الخمر التي تكون من عنبها.

---

[1]- محمد التّمسماني الإدريسي، الاجتهاد الذّرائعي في المذهب المالكي وأثره في الفقه الإسلامي – قديماً وحديثاً– ، ص55.

[2]- القرافي، تنقيح الفصول، ص442.

أمّا إذا رجحت المصلحة على المفسدة، فقد تكون في هذه الحالة وسيلة المحرم غير محرمة إذا أفضت إلى مصلحة راجحة، كالتوسل إلى فداء الأسرى بدفع المال إلى العدو، والذي هو محرم عليهم الانتفاع به، لكونهم مخاطبين بفروع الشريعة، وكدفع مال الرجل ليأكله حراما حتى لا يزني بامرأة إذا عجز عن ذاك إلا به، وكدفع المال، واشتراط مالك فيه السارة.

ومما يزيد في توضيح ذلك، ما ذهب إليه حلولو في شرحه للتنقيح قوله: "وقد تكون الوسيلة المحرم غير محرمة الخ ...عبارة غير محررة، فإن الحكم بأن قصد حرام، والوسيلة جائزة خلاف المعقول، نعم إن الشيء عند تجرده مشتملا على مفسدة فيمنع، ثم إذا قضى إلى مصلحة راجحة أو اشتمل عليها اضمحلت تلك المفسدة في نظر الشارع، وصارت مصلحة مأمورا عليها"[1].

الثالث: اختلف فيه العلماء هل يسد أم لا؟ كبيوع الآجال، اعتبرنا نحن – يقول القرافي – الذريعة فيها، وخالفنا غيرنا، لأنها خاصة بنا.

ولقد ذكر القرافي الخلاف موضحا هذا القسم بقوله: "وقسم اختلف فيه العلماء أيسلم أم لا، كبيوع الآجال عندنا، كمن باع سلعة بعشرة دراهم إلى شهر، ثم اشتراها بخمسة قبل الشهر، فمالك يقول: إنه خرج من يده خمسة الآن، ثم اشتراها خمسة الآن، وأخذ عشرة آخر الشهر، فهذه وسيلة لسلف خمسة بعشرة إلى أجل بإظهار صورة البيع، لذلك يكون باطلا"[2].

---

[1]- حلولو، شرح التّنقيح، ص404- 405.
[2]- القرافي، تنقيح الفصول، ص 200.

ثانياً: تقسيم الشّاطبي للذّريعة:

لقد أورد الإمام الشاطبي في كتابه الموافقات تقسيما رائعا للذرائع، فلقد قسم الفعل المأذون فيه لما فيه من مصلحة للفاعل بالنسبة إلى ما يسببه من أضرار ومفاسد لغير الفاعل أقساما أربعة[1]:

الأوّل: فعل مأذون فيه يؤدي إلى المفسدة قطعا، ويعني بذلك القطع العادي، كحفر البئر خلف باب الدار في طريق مظلم، بحيث يقع الداخل فيه لا محالة وشبه ذلك.

وهذا القسم هو عبارة عن ذريعة أو فعل أداؤه إلى المفسدة قطعي، يقول الشاطبي: "وهذا النوع من الذرائع ممنوع بإجماع فقهاء المسلمين، وإن كان أصل الفعل مأذونا فيه، كمن يحفر بالوعة في بيته يترتب عليها هدم جدار جاره، ولأن توخي الفاعل لهذا الفعل لا بد فيه من أحد أمرين: إما تقصير في النظر المأمور به وذلك ممنوع، وإما تقصير في النظر المأمور به وذلك ممنوع، وإما قصد إلى نفس الإضرار وهو ممنوع أيضا، فيلزم أن يكون ممنوعا ذلك الفعل، لكن إذا فعله يعد متعديا بفعله، ويضمن ضمان المتعدي على الجملة، وينظر في الضمان بحسب النفوس والأموال على ما يليق بكل نازلة، ولا يعد قاصدا البتة، إذا لم يتحقق قصد التعدي"[2].

الثّاني: فعل مأذون فيه يكون أداؤه إلى المفسدة والإضرار نادرا، كحفر البئر بموضع لا يؤدي غالبا إلى وقوع أحد فيه، وبيع الأغذية التي من شأنها أن لا تضر

---

[1]- الشّاطبي، الموافقات، 357/2، وما بعدها.

[2]- المصدر نفسه، 358/2.

أحدا غالبا، وما أشبه ذلك، كزراعة العنب، ولو اتخذ العنب بعد ذلك للخمر.

ويرى الشاطبي أن هذا النوع من الذرائع حلال لا شك فيه، فهو باق على أصل الإذن العام والمشروعية، ما دام الفعل مأذونا فيه، لأن المصلحة إذا كانت غالبة فلا اعتبار بالنذور في انخرامها، إذ لا توجد مصلحة – في العادة – عارية عن المفسدة جملة، إلا أن الشارع قد اعتبر في مجاري الشرع غيبة المصلحة، ولم يعتبر نذور المفسدة، إجراء للشرعيات مجرى العاديات في الوجود. ولا هنا قصد القاصد إلى جلب المصلحة أو دفع المفسدة – مع معرفة بنذور المضرة عن ذلك – تقصيرا في النظر، ولا قصدا إلى وقوع الضرر، فالعمل إذن باق على أصل المشروعية.

والدليل على ذلك أن ضوابط المشروعات هكذا وجدناها كالقضاء بالشهادة في الدماء والأموال والفروج، مع إمكان الكذب والوهم والغلط. وإباحة القصر في المسافة المحدودة مع إمكان عدم المشقة كالملك المترف، ومنعه في الحضر بالنسبة إلى ذوي الصنائع الشاقة، وكذلك أعمال خبر الواحد والأقيسة الجزئية في التكاليف، مع إمكان إخلافها والخطأ فيها من وجوه، لكن ذلك نادر فلم يعتبر، واعتبرت المصلحة الغالبة[1].

الثّالث: فعل مأذون فيه، لما فيه من مصلحة، ولكنه يؤدي إلى المفسدة غالبا، أي من باب غلبة الظن لا من باب العام القطعي، كبيع السلاح في وقت الفتن أو من أجل الحرب، وبيع العنب للخمار، وما يغش به من شأنه الغش، ونحو ذلك مما يقع في غالب الظن أداؤه لا على سبيل القطع.

1- الشّاطبي، الموافقات، 2/359.

ويرى الشاطبي أن هذا النوع ممنوع أيضا، لأن الاحتياط يوجب الأخذ بغلبة الظن، ولأن الظن في الأحكام العملية يجري مجرى العلم، فيجري هنا مجراه، ولأن إجازة هذا القسم من الذرائع نوع من التعاون على الإثم والعدوان المنهى عنه[1].

والحاصل من هذا القسم، أن الظن بالمفسدة والضرر لا يقوم مقام القصد إليه، بالأصل الجواز من الجلب أو الدفع، وقطع النظر عن اللوازم الخارجية؛ إلى أنه لما كانت المصلحة تسبب مفسدة من باب الحيل أو من باب التعاون، منع من هذه الجهة لا من جهة الأصل، فإن المتسبب لم يقصد إلى مصلحة نفسه. فإن حمل محمل التعدي فمن جهة أنه مظنة التقصير، وإن كان المنع هنا أخفض رتبة من القسم الأول.

ولذلك وقع الخلاف فيه، هل تقوم مظنة الشيء مقام نفس القصد إلى ذلك الشيء أم لا؟ هذا نظر إثبات الحظوظ، أما نظر إسقاطها فإنه لا قدرة للإنسان على الانفكاك عنه عادة[2].

الرّابع: فعل مأذون فيه، لما فيه من مصلحة لكنه يؤدي إلى المفسدة كثيرا لا غالبا، حيث أن هذه الكثرة لا تبلغ مبلغا يحمل العقل عن ظن المفسدة فيه دائما، وذلك كمسائل بيوع الآجال، والبيوع الربوية، كعقد سلم يقصد به عاقده ربا قد استتر في بيع، كأنه يدفع ثمنا قليلا لا يتناسب مع ثمن البيع وقت الأداء، قاصدا بذلك الربا، فإن هذا تأديته إلى الفساد كثيرة. وإن لم تبلغ

1- الشّاطبي، الموافقات، 2/ 361.

2- حسين حامد حسّان، أصول الفقه، ص319.

الظن الراجح ولا العلم.

ويرى الإمام الشاطبي أن هذا النوع من الذرائع موضع نظر والتباس، والأصل فيه الحمل على أصل من صحة الإذن كمذهب الشافعي وغيره، ولأن العلم والظن بوقوع المفسدة متتفيان، إذ ليس هنا الاحتمال مجرد بين الوقوع وعدمه، ولا قرينة ترجح أحد الجانبين على الآخر، واحتمال القصد للمفسدة والإضرار لا يقوم مقام نفس المفسدة، ولا يقتضيه لوجود العوارض من الغفلة وغيرها عن كونها موجودة أو غير موجودة. وأيضا فإنه لا يصح أن يعد الجالب أو الدافع هنا مقصرا ولا قاصدا كما في العلم والظن، لأنه ليس حمله على القصد إليهما أولى من حمله على عدم القصد لواحد منهما. وإن كان كذلك، فالتسبب المأذون فيه قوي جدا، إلا أن مالكا اعتبره في سد الذرائع بناء على كثرة القصد وقوعا، وذلك أن القصد لا ينضبط في نفسه، لأنه من الأمور الباطنة، لكن له مجال هنا وهو كثرة الوقوع في الوجود أو هو مظنة ذلك، فكما اعتبرت المظنة، وإن صح التخلف، كذلك تعتبر الكثرة لأنها مجال القصد[1].

وأيضا، فقد يشرع الحكم لعلة مع كون فواتها كثيرا كحد الخمر، فإنه مشروع للزجر، والازدجار به كثيرا لا غالبا، فاعتبرنا الكثرة في الحكم بما هو على خلاف الأصل، فالأصل عصمة الإنسان عن الإضرار به وإيلامه، كما أن الأصل في مسألتنا الإذن، فخرج عن الأصل هنا في الإباحة لحكمة الزجر، وخرج عن الأصل هنا من الإباحة لحكمة سد الذريعة إلى الممنوع.

1- الشّاطبي، الموافقات، 362/2.

الفرع الثّالث: مسائل عند المالكيّة مبنيّة على دليل سدّ الذّريعة.

من أبرز تطبيقات سد الذرائع عند المالكية منعهم للعقود التي تتخذ إلى كل الربا، ومن ذلك:

المسألة الأولى: بيوع الآجال:

وأصل ما بني عليه بيوع الآجال الحكم بالذرائع، ومذهب مالك القضاء بها والمنع منها، وهي الأشياء التي ظاهرها الإباحة، ويتوصل بها إلى فعل المحظور، ومن ذلك البيوع التي ظاهرها الصحة ويتوصل بها إلى استباحة الربا، وذلك مثل أن يبيع الرجل سلعة من رجل بمائة دينار إلى أجل ثم يبتاعها بخمسين نقدا، فيكونان قد توصلا بما أظهراه من البيع الصحيح إلى سلف خمسين دينارا في مائة إلى أجل، وذلك حرام لا يجوز[1].

وقد عقد صاحب الشرح الكبير فصلا خاصا تحت هذا العنوان فقال: "فصل في بيوع الآجال وهي بيوع ظاهرها الجواز، ولكنها تؤدي إلى ممنوع، ثم قال: ومنع عند مالك ومن تبعه للتهمة، أي لأجل ظن قصد ما منع شرعا سدا للذريعة"[2].

المسألة الثّانية: ما يؤدي إلى أنظرني أزدك.

جاء في الموطأ، "قال مالك في الرجل يكون له على الرجل مائة دينار إلى أجل، فإذا حلت قال له الذي عليه الدين، يعني سلعة يكون ثمنها مائة دينار

1- ابن رشد، المقدّمات والممهّدات، 2/39.

2- الدّردير، الشّرح الكبير، 3/76، وابن رشد بداية المجتهد، 2/122.

نقدا بمائة وخمسين إلى أجل، هذا بيع لا يصح ولم يزل أهل العلم ينهون عنه. قال مالك وإنما كره ذلك، لأنه إنما يعطيه ثمن ما باعه بعينه، ويؤخر عنه المائة الأولى إلى الأجل الذي ذكره له آخر مرة، ويزداد عليه خمسين دينارا في تأخيره عنه، فهذا مكروه ولا يصلح"[1].

وهو أيضا يشبه حديث زيد بن أسلم في بيوع أهل الجاهلية، وحديث زيد هو أنه قال: "كان الربا في الجاهلية أن يكون للرجل على الرجل دين إلى أجل، فإذا حل لأجل قال :أتقضي أم تربى؟ فأن قضى أخذ، وإلا زاد في حقه وأخر عنه في الأجل"[2].

قال مالك: "والأمر المكروه الذي لا اختلاف فيه عندنا أن يكون للرّجل على الرّجل الدّين إلى أجل، فيضع عنه الطّالب، ويُعجّله المطلوب، وذلك عندنا بمنزلة الذي يؤخّر دينه بعد محلّه عن غريمه، ويزيده الغريم في حقّه، قال: فهذا الرّبا بعينه لا شكّ فيه"[3].

المسألة الثّالثة: في الشّركة والتّولية:

جاء في الموطأ قال مالك: "في الرجل يقول للرجل: اشتر هذه السلعة بيني وبينك، وانقد عني وأنا أبيعها لك، إنّ ذلك لا يصلح حين قال: انقد عني وأنا أبيعها لك، وإنما ذلك سلف يُسلفه إياه على أن يبيعها له، ولو أن تلك السلعة هلكت أو فاتت، أخذ ذلك الرجل الذي نقد الثمن من شريكه ما نقد

[1]- مالك، الموطّأ، كتاب البيوع، باب ما جاء في الرّبا في الدّين، رقم 1378، ص333- 334.

[2]- المصدر نفسه.

[3]- المصدر نفسه.

عنه، فهذا من السّلف الذي يجر منفعة"[1].

المسألة الرّابعة: القراض بالدّين:

فقد جاء في الموطأ قال مالك: "في رجل أسلف رجلاً مالاً، ثمّ سأله الذي تسلّف المال أن يُقرَّه عنده قراضاً، قال مالك: لا أحبّ ذلك حتّى يقبض ماله منه، ثمّ يدفعه إليه قراضاً إن شاء أو يُمسكه، وقال مالك: في رجل دفع إلى رجل مالاً قراضاً فأخبره أنّه قد اجتمع عنده، وسأله أن يكتبه عليه سلفاً، قال: لا أحبّ ذلك حتّى يقبض منه ماله، ثمّ يُسلفه إيّاه إن شاء، أو يُمسكه، وإنّما ذلك مخافة أن يكون قد نقص فيه، فهو يحبّ أن يؤخّر عنه على أن يزيده فيه ما نقص منه فذلك مكروه ولا يجوز ولا يصلح"[2].

المسألة الخامسة: ما يؤدّي إلى بيع المال الرّبوي بالتّفاضل:

قال مالك: "من راطل ذهباً بذهب، أو ورقاً بورق فكان بين الذّهبين فضل مثقال، فأعطى صاحبه قيمته من الورق أو من غيرها فلا يأخذه، فإنّ ذلك قبيح وذريعة إلى الرّبا... وإنّما مثل ذلك كمثل رجل أراد أن يبتاع ثلاثة أصوُع من تمر عجوة بصاعين، ومدّ من تمر كبيس، فقيل له: هذا لايصلح"[3].

قال ابن رشد: "فإن مالكا يرد هذا، لأنه يتهمه أن يكون إنما قصد أن يدفع مدين من الوسط في مد من الطيب، فجعل معه الرديء، ذريعة إلى تحليل مالا

1- مالك، الموطّأ، كتاب البيوع، باب ما جاء في الشّركة والتّولية والإقالة، رقم 1381، ص335.

2- المصدر نفسه، كتاب القراض، باب السّلف في القراض، رقم 1409، ص348.

3- المصدر نفسه، كتاب البيوع، باب المراطلة، رقم1334، ص315.

يجب من ذلك"[1].

وبهذا يتبين لنا أن الذرائع أصل من الأصول في الفقه المالكي، فالذريعة كما يجب سدها، يجب فتحها، ويكره، ويندب ويباح، فإن الذريعة هي الوسيلة، فكما أن وسيلة المحرم محرمة، فوسيلة الواجب واجبة كالسعي للجمعة والحج.

غير أن الوسائل أخفض رتبة من المقاصد في حكمها، فالوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل، وإلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل، وإلى ما هو متوسط متوسطة.

فالفقه المالكي يوازن بين ما ينتج عن الفعل المأذون فيه من مصلحة، وما ينتج عنه من مفسدة، فإذا رجحت كفة المفسدة منع الفعل، وأصبح غير مشروع بقطع النظر عن قصد الفاعل ونيته.

يقول صاحب المراقي[2]:

سدّ الذّرائع إلى المـــحرّم *** حتم كفتحـها إلى المنحتم
وبالكــــراهة وندب ورا *** وألغ إن يك الفســاد أبعدا
أو رجح الإصلاح كالأسارى *** تُفدى بما ينفع للنّصــارى
وانظر تدلّيَ دوالي العـــنب *** في كلّ مشرق وكلّ مغرب

وهذا فيه بيان أنّ أصل سدّ الذّرائع ممّا يعتمده المالكيّة في منهجهم الاجتهادي الفقهي، كما تقدّم تقريره وبيانه في الفروع السّابقة.

---

[1]- ابن رشد، بداية المجتهد، 132/2.

[2]- نثر الورود، 575/2- 576.

المطلب الخامس: دليل الاستصحاب

إن المذهب المالكي يمتاز بالعديد من الخصائص والمميزات، وهي عائدة في مجملها إلى كثرة أصوله ووفرتها، وتنوعها بين النقل والعقل، وجمعها بين الأثر والنظر، ومراعاتها للمصالح والمفاسد في النواهي والأوامر، فكان من أهم آثار هذه المميزات[1]:

-أن وضعت بين يدي مجتهدي المذهب المالكي ثروة هائلة من وسائل الاجتهاد وأدوات الاستنباط، التي أهلتهم لبلوغ درجة الاجتهاد، ومنحتهم عبقرية فذة في صناعة الإفتاء، ومكنتهم من تكييف كثير من الوقائع والمستجدات، وإعطائها الأوصاف والأحكام المناسبة، مهما تنوعت تلك الوقائع حسب التطورات العصرية والاختلافات البيئية.

-كما أنها جمعت ما بين مدرستي أهل الرأي وأهل الأثر، مما جعل المذهب المالكي جاريا – حقيقة- على النهج الوسط، المنسجم مع الفطرة الإنسانية، ومع النواميس الكونية، والمتفق مع جريان الشريعة المعظمة في تصرفاتها وأساليبها التشريعيّة، الآخذة من الطرفين بقسط لا ميل فيه.

وإذا ثبت هذا للمذهب المالكي فلن نكون مبالغين إن قلنا أنه أولى المذاهب بالاتباع؛ تطبيقا للقاعدة المقاصدية: "ما كان من المذاهب وسطا كان أخلق بالاتباع".

ولا جرم أن الأصول الاجتهادية - في المذهب المالكي - إنما تم التوصل إليها والكشف عن الاعتداد بها شرعاً بواسطة إعمال العقل، وإنه لمن الغرابة

1- محمد التمسماني الإدريس، الاجتهاد الذّرائعي، ص18.

بمكان أن نجد وأن نسمع من يصف العقلانيين بالمنحرفين ؟ كيف ؟ والعقل هو مناط التكليف، وهو منحة ربانية ميز الله بها بني الإنسان، ولولا إعمال العقل في فهم النصوص، وإمعان النظر في معانيها وعللها ومراميها لما تم الكشف عن هذه الأصول الاجتهادية، التي من جملتها: (الاستصحاب)، والذي نحن بصدد بيان حقيقته وأنواعه وحجيته ودلائل اعتباره في المذهب المالكي، وذلك من خلال الفروع التّالية:

الفرع الأوّل: تعريف الاستصحاب.

أوّلاً: في اللّغة:

هو استفعال من الصحبة، فيقال: استصحب يستصحب استصحابا، إذا طلب الصحبة، كقولهم: استغفر أي طلب المغفرة، واستفهم أي طلب الفهم، والصحبة تطلق ويراد بها عدة معانٍ، منها[1]:

-المقاربة والمقارنة، ولهذا يقال للقرين صاحب.

-الملازمة وعدم المفارقة، ولهذا يقال للزوجة صاحبة ؛ لملازمتها للزوج وطول صحبتها له في الغالب .

إذن: فالاستصحاب في معناه اللغوي يتضمن معنى الملازمة والمصاحبة، ومفهومه الاصطلاحي – هو الآخر - لا يخرج عن هذا المعنى، فهو يعني ملازمة حكم الماضي للحاضر[2].

1- الزبيدي، تاج العروس، 186/3.

2- حاتم باي، الأدلة الاجتهاديّ، ص678.

ثانياً: في الاصطلاح:

عُرف بتعريفات عدة، منها: تعريف الإمام شهاب الدين القرافي -رحمه الله- حيث قال":الاستصحاب: ومعناه أن اعتقاد كون الشيء في الماضي أو الحاضر يوجب ظن ثبوته في الحال أو الاستقبال"[1].

يعني أن الاستصحاب هو أن نحكم على الشيء بما كان عليه من ثبوت أو انتفاء، فما كان ثابتا أو منفيا في الماضي فهو كذلك في الحاضر، ما لم يعلم ثبوته أو انتفاؤه بدليل، وأيضا ما كان ثابتا في الحاضر يستدام ثبوته وعدم زواله في المستقبل، حتى يرد دليل ينقله عن الهيئة التي هو عليها.

وقوله:"يوجب ظن ثبوته" يعني أن الاستصحاب دليل ظني، فهو لا يفيد القطع ؛ لأنه يُحتمل أن يرد ما ينقل الشيء عن هيئته التي كان عليها ثبوتا أو نفياً، كما أنه لا يثبت حكمًا مبتدأ، وإنما يصلح حجة لعدم التغير؛ وبهذا يظهر لنا أن الاستصحاب ليس دليلاً في حد ذاته، وانما هو إعمالٌ لدليل سابق، أو تقرير له.

لكن قد يقال: بأنّ محل الاستصحاب إنما هو الأحكام الشرعية – فالحكم الشرعي الذي يستصحب – وليس مطلق الأشياء كما عبر القرافي في تعريفه، والجواب أن ما يعبر عنه بالبراءة الأصلية أو بالعدم الأصلي – الذي يعد أهم أنواع الاستصحاب- لم يكن ثبوته بخطاب الشرع، وإنما كان بحكم العقل؛ ولذلك فلا يكون حكما شرعيا؛ ولهذا عبّر القرافي عن الاستصحاب بثبوت الشيء أو نفيه.

---

[1]- القرافي، تنقيح الفصول، ص113.

ثالثاً: منزلة الاستصحاب في المنظومة التّشريعيّة.

لما كان الاستصحاب مبناه على الظن بعدم وجود الدليل المغير، كان أضعف الأدلة و آخر مدار الفتوى، فلا يُصار إلى الاحتجاج به، إلا بعد البحث الدقيق عن الدليل المغير للواقعة المستجدة في الزمن الثاني، فإذا بحث المجتهد عن الدليل المغير، ولم يظفر به، لجأ حينئذ الى استصحاب الحكم السابق في الزمن الأول؛ ليجعله قائما ومستمرا للواقعة المستجدة في الزمن الثاني، فتلك هي حقيقة الاستصحاب.

ولم يكن الاستصحاب مستخدماً في العصور المتقدمة بهذا المصطلح، لا في العصر النبوي، ولا في عصر الصحابة والتابعين، ولا حتى في عصر الأئمة الأربعة، وإن كان معمولاً به في اجتهاداتهم الفقهية، لكن ليس بهذا المصطلح، وحسب علمي أن أول من ذكر هذا المصطلح وصرح بلفظه هو أبو الحسن علي بن عمر بن القصّار المالكي 397 ه في مقدمته الأصولية، التي تعتبر أقدم كتاب أصولي بعد رسالة الإمام الشافعي، فقال-رحمه الله-: " الكلام على استصحاب الحال: ليس عن مالك– رحمه الله – في ذلك نص، ولكن مذهبه يدل عليه ...."[1].

الفرع الثّاني: أنواع الاستصحاب عند المالكيّة.

الاستصحاب أربعة أنواع، منها ما هو متفق عليه، ومنها ما هو مختلف فيه نختصرها فيما يلي:

---

[1]- الشّافعي، الرّسالة، ص658.

النّوع الأوّل: استصحاب البراءة الأصليّة.

فهذا هو النوع الأول من أنواع الاستصحاب، وهو أهمها، ويعبر عنه – أيضاً– باستصحاب الإباحة العقلية، أو استصحاب العدم الأصلي المعلوم بدليل العقل في الأحكام الشرعية.

ومعناه براءة الذمة من التكاليف الشرعية والحقوق المالية، حتى يدل دليل على شغلها، كما لو ادعى شخص أن له دينا على شخص آخر، ولم يستطع إثباته ببينة، فتعتبر ذمة المدعي عليه بريئة؛ لأن الأصل براءة الذمة من الحقوق المالية، حتى يقوم الدليل على شغلها بثبوت الحقِّ، يقول صاحب المراقي[1]:

ورجّحن كون الاستصحاب *** للعدم الأصليّ من ذا الباب

بعد قصارى البحث عن نصّ فلم *** يُلف وهذا البحث وفقاً منحتم

وإن يعارض غالباً ذا الأصل *** ففي المقدّم تنافي النّقل

ومثَّل له أبو الوليد الباجي المالكي (474هـ) بعدم وجوب صلاة الوتر، فقال: "وذلك مثل أن يسأل المالكي عن وجوب الوتر، فيقول: الأصل براءة الذمة، وطريق اشتغالها الشرع، فمن ادعى شرعاً يوجب ذلك فعليه الدليل"[2]؛ أي أنه يُحكم ببراءة الذِّمَّة من الواجبات قبل ورود الشرع، حتى يقوم الدليل على شغلها بالتكليف.

وهذا النوع من الاستصحاب حُجَّة باتفاق جمهور أهل العلم، واعتباره في

1– نثر الورود، 568/2.

2– الباجي، إحكام الفصول، الفقرة: 756.

المذهب المالكي مقطوع به، وأقوال فقهاء المذهب في الأخذ به لا حصر لها، نذكر منها:

1-قال عمر بن القصّار المالكي: " الكلام على استصحاب الحال: ليس عن مالك – رحمه الله – في ذلك نص، ولكن مذهبه يدل عليه ؛ لأنه احتج في أشياء كثيرة سئل عنها، فقال:(لم يفعل النبي ﷺ ذلك ولا الصحابة رحمة الله عليهم)، وكذلك يقول: (ما رأيت أحدا فعله)، وهذا يدل على أن السمع إذا لم يرد بإيجاب شيء لم يجب، وكان على ما كان عليه من براءة الذمة"[1].

2-وحكي القاضي أبو بكر بن العربي المالكي الاتفاق على اعتبار هذا النوع فقال:" والمحققون كلهم متفقون على أَن هَذَا دَلِيل شَرْعِي -يعني استصحاب البراءة الأصلية- إِلَّا جمَاعَة يسيرَة وهمت ... وَلَا خلاف فِي ذَلِك بَين الْعُقَلَاء"[2].

وقد احتج السادة المالكية لهذا النوع من الاستصحاب بالعديد من الأدلة، وبنوا عليه الكثير من فروعهم الفقهية، فمن الأدلة التي احتجوا بها:

1-قوله تعالى: ﴿ **فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ** ﴾ (سورة البقرة: 275).

ووجه الاستدلال في هذه الآية: أنه لما نزل تحريم الربا، خافوا من الأموال المكتسبة من الربا قبل التحريم، فبينت الآية أن ما اكتسبوا من الربا قبل التحريم

1- ابن القصّار، مقدّمة في أصول الفقه، ص157.

2- ابن العربي، المحصول في أصول الفقه، ص199.

كان على البراءة الأصلية، ومن ثم فهو حلال لهم ولا حرج عليهم فيه[1].

2-وقوله: ﴿ وَمَا كَانَ اللَّهُ لِيُضِلَّ قَوْمًا بَعْدَ إِذْ هَدَاهُمْ حَتَّى يُبَيِّنَ لَهُمْ مَا يَتَّقُونَ﴾ (سورة التوبة: 115).

ووجه الاستدلال في هذه الآية: أن النبي صلى الله عليه وسلم لما استغفر لعمه أبي طالب، واستغفر المسلمون لموتاهم من المشركين، وأنزل اللَّه: ﴿ مَا كَانَ لِلنَّبِيِّ وَالَّذِينَ آمَنُوا أَنْ يَسْتَغْفِرُوا لِلْمُشْرِكِينَ ﴾ (سورة التوبة: 113). ندموا على استغفارهم للمشركين، فبينت الآية أن استغفارهم لهم قبل التحريم جارٍ على البراءة الأصلية؛ ومن ثم فلا إثم عليهم فيه ولا حرج، حتى بيَّن الله ما يتقونه كالاستغفار للمشركين مثلاً[2].

3- قوله ﷺ: "**البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه**"[3].

ووجه الاستدلال أن الشارع طلب البينة على المدعي دون من المدعى عليه، لأن الأصل براءة ذمته حتى تثبت إدانته بدليل، فكان هذا كالتلميح بل هو تصريح بأن أصل الاستصحاب معتبر مقصود شرعاً، وفيه – أيضاً- إيماء للمجتهدين بأن ينحوا هذا النحو، ويقتفوا أثر هذا المسلك التشريعي في اجتهاداتهم الفقهية.

ومن الفروع الفقهية المبنية في المذهب على هذا النوع من الاستصحاب:

---

[1]- ابن العربي، أحكام القرآن، 1/254.

[2]- المصدر نفسه، 3/158.

[3]- أخرجه البيهقي، السّنن الكبرى، رقم: 16222.

1- قالوا لا يجب على الرجل إخراج زكاة الفطر عن زوجته غير المسلمة، ومما عللوا به ذلك استصحاب البراءة الأصلية، قال الباجي: "وَقَوْلُهُ مِنْ الْمُسْلِمِينَ يَقْتَضِي اخْتِصَاصَ هَذَا الْحُكْمِ بِالْمُسْلِمِينَ؛ لِأَنَّهُ قَيَّدَ الْحُكْمَ بِهَذِهِ الصِّفَةِ وَلَمْ يُطْلِقْهُ وَالْأَصْلُ بَرَاءَةُ الذِّمَّةِ فَيَجِبُ اسْتِصْحَابُ ذَلِكَ حَتَّى يَدُلَّ الدَّلِيلُ عَلَى إشْغَالِهَا بِالشَّرْعِ "[1].

2- قالوا بعدم وجوب الأضحية، ومما احتجوا به استصحاب العدم الأصلي، قال ابن العربي: "فَقَدْ تَعَارَضَتْ الْأَدِلَّةُ، وَالْأَصْلُ بَرَاءَةُ الذِّمَّةِ"[2].

النّوع الثّاني: استصحاب ما دلّ الشّرع على ثبوته لوجود سببه.

هذا هو النوع الثاني من أنواع الاستصحاب هو ما يعبر عنه الفقهاء بقولهم: "الأصل بقاء ما كان على ما كان"، ومعناه أن الشيء الذي دل الشرع على ثبوته لوجود سببه يجب الحكم باستصحابه ودوامه واستمراره حتى يدل دليل على نفيه وزواله، كثبوت الملك في المبيع، لوجود سببه وهو جريان عقد البيع، فيحكم به حتى يثبت زواله ببيعٍ أو هبةٍ أو تنازل .. ومنه: ثبوت براءة الإنسان حتى تثبت إدانته ببينة ... ومنه: دوام حلّ الزوجة بعد ثبوت عقد الزوجية، حتى يثبت زواله بطلاق ونحوه[3].

يقول صاحب المراقي[4]:

---

[1]- الباجي، المنتقى شرح الموطّأ، 5/175.

[2]- ابن العربي، أحكام القرآن، 4/461.

[3]- حاتم باي، الأصول الاجتهادية التي يبنى عليها المذهب المالكي، ص684.

[4]- نشر الورود، 2/569.

وما على ثبوته للسّبب *** شرعٌ يدلّ مثلَ ذاك استصحب

وهذا النوعُ من الاستصحاب حُجَّةٌ عند المالكية والشافعية والحنابلة مُطلقًا (إثباتاً أونفياً) ما لم يثبت ما يعارضه، وخالف فيه الحنفية فقالوا يصلح حُجَّةٌ في الدَّفع دون الإثبات، أي لا يصلح لإثبات حكم جديد، وإنما يصلح لإبقاء الحكم الثابت على ما كان عليه حتى يرد ما يغيره من الأدلة، كما في مسألة المفقود مثلا ؛ فيستصحب حكم حياته، فيحكم ببقاء الزوجية بالنسبة لزوجته، فلا تعتد حتى يثبت الطلاق، أو تثبت وفاة المفقود حقيقة أو حكما بأن يحكم بها القاضي، وكذا لا تُقسَّم أمواله على الورثة بل تبقى مملوكة له حتى تعلم وفاته أو يُحكمَ بها، ولكن – حسب رأي الأحناف - لا يصح أن يكون استصحاب حياة المفقود مثبتا لاستحقاقه للإرث من غيره ؛ لأن الأصل عدم انتقال الملكية إليه عن طريق الإرث، و لا يُعدل عن هذا الأصل إلا بدليل، وهو ثبوت حياة الوارث، وحياة الفقود ليست ثابتة بل هي مشكوك فيها[1].

أما الجمهور ومنهم المالكية فيرون أن استصحاب ما دل الشرع على ثبوته صالحا للاحتجاج به سلبا وإيجابا نفيا وإثباتا، ولأن حياة المفقود هي الأصل الثابت ؛ فيرث ولا يورث حتى تعلم وفاته أو يُحكمَ بها[2].

وقد احتج السادة المالكية لهذا النوع من الاستصحاب بالعديد من الأدلة،

[1]- نثر الورود، 2/569.

[2]- المصدر نفسه، ص705.

وبنوا عليه الكثير من فروعهم الفقهية، فمن الأدلة التي احتجوا بها:

احتجوا بالمعقول، فقالوا: أن ظن البقاء أرجح من ظن التغير، وأن مما فطر الله الناس عليه، وجرت به أعرافهم في سائر شؤونهم، أنهم إذا تحققوا من وجود أمر في الماضي، غلب على ظنهم بقاؤه واستمراره، حتى يثبت انتفاؤه وزواله، وكذلك إذا تحققوا من عدم وجود أمر في الماضي، غلب على ظنهم استمرار عدمه، حتى يثبت ما يدل على وجوده.

وقد توسع المالكية في الأخذ بهذا النوع من الاستصحاب، وبنوا على مقتضاه الكثير من الفروع الفقهية، أكتفي منها في هذا المقام بمسألة واحدة، وهي:

مسألة من تيقن الطاهرة وشك في الحدث، فقد قال كثير من العلماء أنه يلغي شكه ويمضي على صحة وضوئه؛ بناء على قاعدة: "اليقين لا يزول بالشك". وعملاً بحديث: "**شكي إلى النبي ﷺ الرجل يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة، قال: لا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً.**[1]"

لكنّ المالكية – في مشهور مذهبهم- قالوا يجب عليه الوضوء في هذه الحال؛ بناء على استصحاب ما دل الشرع على ثبوته، وهو – هاهنا- ثبوت الصلاة بيقين في ذمة المكلف، ولا عبرة بطهارة قد حام الشك حولها لأنّه يقين شغل الذمة بتكليف إيقاع الصلاة لا ترفعه طاهرة مشكوك فيها، فوجب

[1]- أخرجه البخاري، كتاب الوضوء رقم 137، 1/64، ومسلم، كتاب الحيض، باب الدليل على أن من تيقن الطهارة ثم شك، برقم 361، 1/276.

الوضوء على من تيقن الطاهرة وشك في الحدث، وحملوا الحديث السابق على المستنكح بالشك، بقرينتي:"شكي" و"يخيل إليه" الواردتان في الحديث واللتان يفهم منهما أن الرجل لم يكن في حالة معتادة.

وقالوا أن هذه الصورة مستثناة من قاعدة:"اليقين لا يزول بالشك"، احتياطا للعبادة من جهة، وعملاً بقاعدة" الذمة لا تبرأ إلا بيقين "من جهة ثانية، قال القرافي في" الْفَرْق الرَّابع وَالتِّسْعينَ "من في فروقه: "وَمَذْهَبُ مَالِكٍ أَرْجَحُ مِنْ جِهَةِ أَنَّ الصَّلَاةَ مَقْصِدٌ وَالطَّهَارَاتِ وَسَائِلٌ، وَطَرْحُ الشَّكِّ تَحْقِيقًا لِلْمَقْصِدِ أَوْلَى مِنْ طَرْحِهِ لِتَحْقِيقِ الْوَسَائِلِ"[1].

النّوع الثّالث: استصحاب العموم والنّص.

ومفهوم هذا النوع هو أن يستصحب العموم إلى أن يَرِدَ دليلٌ مُخصِّصٌ، وأن يستصحب النصّ حتى يَرِدَ دليل ناسخ، ولا خلاف بين أهل العلم في الاحتجاج بهذا النوع، وإنما اختلفوا في تسميته استصحاباً، فالجمهور يسمونه استصحاباً، واعترض كثير من أرباب الأصول –من المالكية وغيرهم – على عدّه من أنواع الاستصحاب، لكون الحكم ثابتا بالدليل الشرعي لا بالاستصحاب، لذلك قال أبو الوليد الباجي":-وهذا ليس من استصحاب الحال؛ وإنما هو استدلال بعموم اللفظ"[2].

وقال عبد الله العلوي الشنقيطي – في نثر البنود على مراقي السعود":-

---

[1]- القرافي، الفروق، 2/162.

[2]- الباجي، المنهاج في ترتيب الحجاج، الفقرة 60.

وأما استصحاب العموم والنص ... فليسا هما من الاستصحاب بحال ؛ لأن الحكم مستند إلى الدليل لا إلى الاستصحاب"، والخلاف في هذه المسألة إنما هو خلاف لفظي اصطلاحي؛ ومن ثم فلا يترتب عليه أي أثر، ولا مشاحة في الاصطلاح[1].

النّوع الرّابع: استصحاب حكم الإجماع.

والمراد به استصحاب الحكم الثابت بالإجماع في محل الخلاف حتى يثبت الدليل الناقل، كأن ينعقد الإجماع على حكم شرعي في حالةٍ معينة، ثم يطرأ عليها التغير، فيستصحب الحكم المجمع عليه في الحالة الأولى قبل تغيرها، إلى الحالة الثانية التي قد طرأ عليها التغير.

ومن أمثلته:انعقادُ الإجماعِ على صِحَّة صلاةِ المتيِّمم الفاقد للماء، لكن إذا وجد الماءَ بعد دخوله في الصلاة، فهل تبطل صلاته أم يمضي على صحتها ؟ هنا قد وقع الخلاف وتنازع أهل العلم، والذي يهمنا في هذه المسألة إنما هو استدلال بعضهم باستصحاب حكم الإجماع، حيث قالوا يستصحب حكم الإجماع - وهو صحة الصلاة عند فَقْدِ الماء - فيبقى هذا الإجماع مستمرًّا حكمُه حتى يرد دليل يدل على أن رؤية الماء أثناء الصلاة مبطلة لها؛ لأن رؤية الماء أثناء الصلاة لا تزيل الحكم المجمعَ عليه، حسب رأي هؤلاء[2].

وهذا النوع من الاستصحاب اختلف فيه أهل العلم، فقال بصحة الاحتجاج به الشافعي وبعض أصحابه، وكذا ابنُ الحاجب من المالكية، وابنُ

---

[1]- العلوي الشنقيطي، نشر البنود في مراقي السّعود، 2/ 165.

[2]- ابن العربي، المحصول، ص130.

القيم من الحنابة، وقيل هو مذهب داود الظاهري[1].

وجمهور أهل العلم من الحنفية والمالكية والحنابلةِ وبعض الشافعية على رده وعدم الاعتداد به[2].

ولقد أثر خلاف بين فقهاء المالكية في الاحتجاج بهذا النوع من الاستصحاب، قال ابن العربي: "وَهَذَا مِمَّا اخْتلف عَلَيْهِ عُلَمَاؤُنَا رَحِمهم الله فَمنهمْ من قَالَ إِنَّه دَلِيل يعول عَلَيْهِ وَمِنْهُم من قَالَ إِنَّه لَيْسَ بِشَيْء وَالصَّحِيح إِنَّه لَيْسَ بِدَلِيل"[3].

وفي المسألة كلام طويل، خلاصته أن الاحتجاج بهذا النوع من الاستصحاب مردود عند المالكية، وقد قال أبو الوليد الباجي بأنه: "استدلال غير صحيح، وصرح – في كتاب إحكام الفصول – بأنه لا يعلم أحدا من المالكية قال به إلا محمد بن سحنون"[4].

وما نسب إلى بعض فقهاء المذهب من الاحتجاج بهذا النوع، فيمكن حمله على أنه اختيار لهم مبناه على غير الأصول المعتمدة في المذهب المالكي.

ومن دلائل المالكية على بطلان هذا النوع من الاستصحاب[5]:

1- أنَّ الإجماع والخلاف ضدان لا يجتمعان، فالاستصحاب إما أن يكون

---

[1]- الزّركشي، البحر المحيط، 20/8.

[2]- المصدر السابق.

[3]- ابن العربي، المحصول، ص130.

[4]- الباجي، الإشارة، ص323، بتحقيق محمد علي فركوس.

[5]- ينظر حاتم باي، الأصول الاجتهادية، ص714.

لأمرٍ ثابتٍ فيُستصحب ثبوتُه، وإما أن يكون لأمر مُنتف فيُستصحب نفيُه، والإجماع الذي كان منعقدا على الحكم قد زال في موضع الخلاف، فلم يبق لنا ما نستصحبه.

2- أن القول باستصحاب الإجماع في مواضع النزاع يؤدي إلى تكافؤ الأدلة، فما من شخص يستصحب الإجماع في مسألة ما، إلا وخصمه يستطيع أن يقلب ذلك عليه، كما في مسألة رؤية المتيمم للماء أثناء الصلاة.

فيقول من يرى حجية ذلك: (انعقد الإجماع على صحة صلاة المتيمم قبل رؤيته للماء أثناء الصلاة، ثم حصل خلاف في صحة صلاته بعد رؤيته للماء أثناء الصلاة، فأنا أستصحب الإجماع المنعقد ما قبل الرؤية إلى بعد الرؤية؛ لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يأتي دليل يغيره).

ويقابله من لا يرى حجية ذلك فيقول:(انعقد الإجماع على بطلان التيمم برؤية الماء قبل الصلاة، فإنّا نستصحب هذا الإجماع إلى أثناء الصلاة، لان الأصل بقاء ما كان ...) هذا هو معنى تكافؤ الأدلة.

ولهذا ردّ المالكية هذا النّوع من الاستصحاب ولم يحتجوا به لصحة صلاة الواجد للماء أثناء صلاته، وإنما احتجوا لها بأدلة أخرى ليس المقام مقام ذكرها.

النّوع الخامس: الاستصحاب المقلوب.

ومما يلحق بأنواع الاستصحاب ما يسمونه بالاستصحاب المقلوب أو الاستصحاب المعكوس، وهو عكس الاستصحاب المستقيم الذي سبق بيانه، والذي يعني إثبات حكم للزمن الحاضر بناء على ثبوته في الماضي، أمّا الاستصحاب المقلوب فيعني إثبات حكم للزمن الماضي بناء على ثبوته في

الحاضر، فإذا كنّا نقول في الاستصحاب المستقيم هو: (بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت خلافه)، فإنّنا نقول في الاستصحاب المقلوب هو:(بقاء ما كان على ما هو كائن حتى يثبت ما يدل على خلافه) .

وبالرّجوع إلى كتب المالكية لا نجد نصا صريحا على اعتبار هذا النوع في المذهب المالكي أو عدم اعتباره، وإنّما يوجد في تفريعاتهم الفقهية ما يدل على أنهم احتجوا به في مواضع ولم يحتجوا به في مواضع أخرى، ولذلك قال القاضي شمس الدين الطائي الْبِسَاطِيُّ المالكي (ت 842هـ) "وَلَهُمْ – يعني المالكية – فِي الِاسْتِصْحَابِ الْمَعْكُوسِ اضْطِرَابٌ"[1].

يقول صاحب المراقي[2]:

وما بماض مثبت للحـــــال *** فهو مقلوب وعكس الخالي

كجري ما جهل فيه المصرف *** على الذي الآن لذاك يُعرف

ومن المسائل التي أخذوا فيها بالاستصحاب المقلوب:

ما ذكره الباجي: إذا غاب الزوج ولم يترك لزوجته نفقة، ثم عاد وطالبته زوجته بما أنفقته أثناء غيابه، فيدعي بأنه كان معسراً، وتدعي هي بأنه كان موسراً، فإن كان ثمة بينة أخذ بها، وإن لم تكن بينة و جهل أمره فثلاثة أقوال في المذهب أحدها لابن القاسم وهو أن الْمُعْتَبَرَ الْحَالَةُ الَّتِي يَقْدُمُ عَلَيْهَا، فَإِنْ قَدِمَ مُعْسِرًا فَهُوَ مُصَدَّقٌ فِيمَا يَدَّعِيهِ مِنْ الإعسار حال غيابه، وَإِنْ قَدِمَ مُوسِرًا لَمْ

[1]- حاشية العدوي على شرح مختصر خليل للخرشي، 243/3.
[2]- نثر الورود، 570/2.

يُصَدَّقْ فِي ذَلِكَ إلَّا بِبَيِّنَةٍ"[1].

وهذا احتجاج بالاستصحاب المقلوب، لأنهم أثبتوا إعساره في الزّمن الماضي بناء على ثبوته في الزمن الحاضر.

ومن المسائل التي لم يأخذوا فيها بالاستصحاب المقلوب:

ما ذكره أبو عبد الله الخرشي (ت 1101هـ) في شرحه لمختصر خليل: "إذَا تَنَازَعَ الزوجان فِي عَيْبِ فَرْجِ الْمَرْأَةِ بَعْدَ صُدُورِ الْعَقْدِ بِمُدَّةٍ، فَقَالَ الزَّوْجُ كَانَ مَوْجُودًا حَالَ الْعَقْدِ فَالْخِيَارُ لِي فِي الرَّدِّ وَعَدَمِهِ، وَقَالَتْ الزَّوْجَةُ بَلْ حَدَثَ بَعْدَ الْعَقْدِ، فَلَا خِيَارَ لَك، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَرْأَةِ فِي نَفْيِ وُجُودِهِ حَالَ الْعَقْدِ، وَسَوَاءٌ كَانَ ذَلِكَ الِاخْتِلَافُ قَبْلَ الدُّخُولِ أَوْ بَعْدَهُ"[2].

فهذه المسألة لم يحتجوا فيها بالاستصحاب المعكوس؛ إذ لم يستصحبوا العيب الثابت في الزمن الحاضر إلى الزمن الماضي، بل اعتبروه حادثاً بعد العقد كما قالت الزوجة لا حال العقد كما قال الزوج.

والملاحظ في هذه المسألة أنهم استندوا إلى الاستصحاب المستقيم؛ بناء على أن الأصل في فرج المرأة السلامة من العيب، مما يعني أن الاستصحاب المستقيم يقدم على الاستصحاب المقلوب عند التعارض[3].

---

[1]- الباجي، المنتقى، 127/4.

[2]- حاشية العدوي على شرح مختصر خليل للخرشي، 243/3.

[3]- حاتم باي، الأصول الاجتهادية، 725.

المطلب السّادس: دليل العرف

إنّ من قواعد الفقه والاجتهاد دليل العرف، وقد أطلق على العرف في كتب الفقه المالكي مصطلح العوائد، وهي جمع عادة، فهي العرف، والغالب، والشبه، ألفاظ مترادفة، وكلها تعني غلبة معنى من المعاني على الناس، ولقد حظي هذا الدّليل بعناية فائقة من قبل الفقهاء المالكيين وتبوّأ منزلة سامقة في جملة الأصول النّقلية التي بني عليها المذهب المالكي، يقول ابن العربي: "إنّ العرف والعادة أصل من أصول الشّريعة يُقضى بها في الأحكام"[1].

وسوف نختصر أهمّ ما يتعلّق بهذا الدّليل عند المالكيّة من خلال الفروع التّالية:

الفرع الأوّل مفهوم العرف.

أوّلاً في اللّغة:

العرف في اللّغة يطلق على معان عديدة، لكنّ مادة "ع ر ف" في اللّغة تدلّ تتابع الشّيء متّصلاً بعضه ببعض، وعلى السّكون والطّمأنينة، كقولهم جاءت القطا عرفاً عرفاً أي متتابعة.

كما يطلق العرف ويراد به المعرفة والعرفان، تقول: عرف فلان فلاناً معرفة وعرفاناً، وهذا أمر معروف، والعَرف بالفتح: الرّائحة الطّيّبة[2].

ثانياً: في الاصطلاح:

والعرف في اصطلاح الأصوليين؛ قيل بأنّه ما استقرّ في النّفوس من جهة

---

[1]- ابن العربي، أحكام القرآن، 1840/4.

[2]- ابن منظور، لسان العرب، 240/9، مادة (عرف).

العقول و تلقّته الطّباع السّليمة بالقبول[1].

ومن المهم الإشارة إلى أنّ الأصوليّين، كثيراً ما يستعملون العادة والعرف بمعنى واحد، لأنّ مؤدّاهما واحد، والعادة مأخوذة من المعاودة، فهي بتكرّرها مرّة بعد أخرى صارت معروفة مستقرّةً في النّفوس والعقول[2].

قال أبو زهرة: "وإذا اعتادت الجماعة أمراً صار عرفاً لها، فعادة الجماعة وعرفها متلاقيان في المؤدّى، وإن اختلف مفهومها، فهما يتلاقيان فيما يختصّ بالجماعات "[3].

وقال عبد الوهّاب خلاّف: "والعرف والعادة في لسان الشّرع لفظان مترادفان معناهما واحد"[4].

والعرف بهذه الحقيقة؛ هو الأمر الذي اطمأنّت إليه النفوس وتحقق في قرارها، وألفته مستندة إلى استحسان العقل، ولم ينكره أصحاب الذّوق السّليم في النّاس.

وهذا الاستقرار والقبول، إنما هو نتيجة الاستعمال الشّائع المتكرّر والصّادر عن الميل والرّغبة، وهو شامل للأقوال و الأفعال، فإذا تحقّق ما ذكر فإنّه قد تحقّق العرف، و لكن ليس هذا فقط دليل على اعتبار العرف عند

---

[1]- مصطفى ديب البغا، أثر الأدلّة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، ص242. فهمي أبوسنّة، والعرف و العادة في رأي الفقهاء،، ص14.

[2]- مصطفى ديب البغا، أثر الأدلّة المختلف فيها، ص420.

[3]- محمّد أبوزهرة، مالك حياته وعصره وآراؤه الفقهيّة، ص420.

[4]- عبد الوهّاب خلاّف، مصادر التّشريع الإسلامي فيما لا نصّ فيه، ص145.

الفقهاء؛ لأنّ لاعتباره شروطًا أخرى بعد بيان حقيقة العرف وإلاّ لكان تحكيماً للعقل في الأحكام الشّرعية، وهو غير معقول عند جمهور علماء المسلمين.

ولا فرق بين العادة والعرف عند جمهور المالكيّة، يقول ابن العربي: "ومن أعظم مسائل العرف والعادة مسألة العهدة، وقد انفرد بها مالك دون سائر الفقهاء"[1].

الفرع الثّاني حجّيّة العرف عند الإمام مالك:

وقد اعتبر الإمام مالك بن أنس عمل أهل المدينة دليل من الأدلة الشرعية عند عدم النص، وبكلمة أخرى اعتبرت العادة المتبعة في المدينة من مصادر التشريع في المذهب المالكي، فالإمام مالك كان يراعي كثيرا ما تعارفه أهل المدينة.

يقول أبو زهرة: "والفقه المالكي كالفقه الحنفي يأخذ بالعرف، ويعتبره أصلا من الأصول الفقهية فيما لا يكون فيه نص قطعي، بل إنه أوغل في احترام العرف أكثر من المذهب الحنفي لأن المصالح المرسلة من دعامة الفقه المالكي في الاستدلال، ولاشك أن مراعاة العرف الذي لا فساد فيه ضرب من ضروب المصلحة، لا يصح أن يتركه الفقيه، بل يجب الأخذ به .

ولقد وجدنا المالكية يتركون القياس إذا خالف العرف، وكذلك ورد عن القرطبي في (باب الاستحسان) أن من ضروبه ترك قياس لأجل العرف، بل إن العرف يخصص العام، ويقيد المطلق عند المالكية"[2].

---

[1]- ابن العربي، القبس، 788/2.

[2]- محمد أبو زهرة، مالك عصره وآثاره، ص353.

ولقد نبه الفقيه المالكي القرافي إلى العرف ووجوب اعتباره في الفتيا والحكم، وساق أمثلة عديدة، وأضاف أنه يجب على المفتي في ألفاظ الطلاق وما ماثلها مما يختلف فيه عرف الناس وعاداتهم أن يكون علياً بعرف بلد المستفتي أو يسأل عنه، ولا يصح تحكيم عرف بلد المفتي نفسه، ومثل الحاكم القاضي في ذلك[1].

فالعرف على هذا لا ينكر دوره وأثره في الفقه الإسلامي بصفة عامة، مادام لا يتعارض مع نصوص الشريعة، ولا نزاع بين العلماء في أن العرف إذا كان مخالفا لأدلة الشرع وأحكامه الثابتة التي لا تتغير باختلاف البيئات والعادات لا يلتفت إليه، ولا يعتد به، بل يجب إلغاؤه، فالعوائد معمول بها في الشرع ما لم تخالف دليلا شرعيا، فإنه حينئذ يجب طرحها، وإتباع الدليل الشرعي، ومعنى العمل بها أن يقيد أو يخصص بها بغض الأحكام الشرعية الفرعية[2]، لا أنه يعمل بها في الأحكام الفرعية التي وكل الشرع أمرها إلى العرف، كمعرفة أسباب الأحكام من الصفات: الإضافيات كإطلاق ماء وتقييده، وطول الفصل في السهو وقصره، وغير ذلك، كتقدير نفقات الزوجات والأقارب وكسوتهم، وما يختص به الرجال عن النساء من متاع والعكس، وكألفاظ الناس في الأيمان، والعقود والفسوخ، فإنها محكمة فيها وتقيدها، ومتى انتقل العرف في هذه المسائل تبعة

---

[1]- القرافي، الفروق، 1/ 44.

[2]- وحكى القرافي إلى أنها لا تخصص ولا تقيد، وحكى عليه الإجماع في شرح التنقيح (ص: 212). قال حلولوا: «ما حكاه القرافي من الإجماع ليس بصحيح، وقد اعترضه الشيخ ابن عرفة بمسائل في المذاهب» (الضياع اللامع 2 / 49).

الحكم، لأن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها"[1].

الفرع الثّالث: تطبيقات فقهية على نظرية العرف عند المالكية:

1- توزيع الربح والمضاربة[2].

إذا اختلف رب المال والعامل في مقدار الربح المتفق عليه، فلكل واحد منهما أن يرجع في ذلك إلى العرف، ويكون قول العامل مع يمينه، إن جرى عرف بمثل ما يدعيه، وإلا رد إليه قراض مثله.

ففي موطأ قال مالك: "في رجل دفع إلى رجل مالا للقراض فربح به ربحا فقال العامل: قارضتك على أن لي الثلثين، وقال صاحب المال: قارضتك على أن لي لك الثلث، قال مالك: القول قول العامل، وعليه في ذلك اليمين، إذا كان ما قال يشبه قراض مثله، وكان ذلك نحوا مما يتقارض عليه الناس، وإن جاء بأمر يستنكر ليس على مثله يتقارض الناس لم يتصدق، ورد إلى قراض مثله"[3].

2-ثانيا: في التولية والمرابحة[4].

إذا قال بعتك بما قامت علي، قال يصح البيع، ويكون للبائع مع الثمن ما بذله من أجرة والطرازة والخياطة والصبغ ونحو ذلك من له عين قائمة،

---

[1]- الشّاطبي، الموافقات، 2/ 245.

[2]- فأهل العراق يسمونها مضاربة ومعاملة، وقد شاع استعمال لفظ المضاربة في كتب فقه الحنفية والحنابلة والزيدية والإمامية الإباضية (انظر الكاساني، بدائع الصنائع 6 / 79، ابن قدامة: المغني 5 / 135، ابن المرتضي: البحر الزخار 4 / 79، شرح النيل 10 / 306).

[3]- الموطأ: ص: 436.

[4]- المرابحة في اصطلاح المالكية هي: أن يبيع السلعة بالثمن الذي اشتراها بها وزيادة ربح معلوم يتفقان عليه (شرح الزرقاني على خليل 3 / 173).

ويستحق حصته من الربح إن سمى لكل عشرة ربحا، ومما ليس له عين قائمة إلا أنه يوجب في السوق ولا يستحق له حصة من الربح، نحو: كراء الحمل في النقد للبلدان ونحوه، وما لا يؤثر في السوق لا يستحقه ولا يكون له ربح، كأجرة الطي، والشد، كراء البيت، ونفقة البائع على نفسه.

فالمستفاد من الفقه المالكي أن ما يحسب في أصل الثمن على ثلاثة أضرب[1]:

أ-ما يحسب في أصل الثمن ويربح له أي: يضرب له صاحب السلعة قسطا من الربح وهو ما لزم السلعة، أي ما غرمه فيها، وكان لأثره عين قائمة أي مشاهدة محسوسة بحاسة البصر: كالخياطة والصباغة والقصارة والفتل: أي فتل الحرير، والغزل: أي دقُّ القصار الثوب لتحسينه وتطريته،أي جعل الثوب في الطراوة ليلين ويذهب ما فيه من خشونة.

ب-ما يحسب في أصل الثمن ولا يربح له، أي لا يحسب له ربحا، وهو ما ليس لأثره عين قائمة: ككراء مقل المتاع، وشد وطي اعتيد أجرتهما.

ج- ما لا يحسب في أصل الثمن ولا يربح له، وهو ما كان من عمل البائع نفسه، ويرى ابن جزي أنه لا يجوز له أن يحسب ذلك كله إذا بينه للمشتري؛ أو عمل له مجانا، أو كان من شأنه أن يتولى ذلك بنفسه، أي جرت العادة بأن يتولاه بنفسه ما لم يكن الفعل لأثره عين قائمة، فإنه متى أجر عليه حسب الأجرة وربحها، والفرق أن ما لا عين له قائمة لا يقوى قوة ناله، وذلك كأجرة السمسار، وفيه التفصيل الآتي[2]:

---

[1]- حاشية الدسوقي: 3 / 161 وما بعدها.

[2]- ابن جزي، القوانين الفقهية: ص: 174.

1- أن السمسار إذا لم يعتد بأن كان من الناس ممن يتولى الشراء بنفسه دونه ففيه ثلاثة أقوال:

الأول: قيل تحسب أجرته وربحها.

الثاني: وقيل لا يحسبان، وهو مذهب المدونة والموطأ، وكذا في التوضيح.

الثالث: وقيل تحسب أجرته دون ربحها.

2-وإن اعتيد بأن كان المتاع لا يشتري مثله إلا بسمسار، فقال البعض يحسب أصله دون ربحه كما قال في المواق.

وفي كل ما تقدم قد بين البائع جميع ما لزم تفصيلا، إما ابتداء أو بعد الإجمال، كأن يقول قامت علي بمائة ثم يفصل، وقد يبين ما يربح له وما لا يربح له، وما يحسب أصلا كأجرة الدّلاّل غير المعتاد.

وقد يشترط ضرب الربح على الكل أو البعض، وفي كل إما أن يكون ذلك بعد تفصيل ما لزم ابتداء أو بعد تفصيلة بعد الإجمال، فيعمل بها. اشترط في الصور الأربع، وذلك أيضا حسبما يجري به العرف، فالعرف كالشرط.

3- وجوب الرضاع على الزوجة.

فإن مذهب الإمام مالك أن الرضاع على الزوجة الدنيئة دون الشريفة وعمدته في ذلك العرف.

قال ابن رشد: "وأما حقوق الزوج على الزوجة بالرضاع وخدمة البيت على اختلاف بينهم في ذلك، وذلك أن قوما أوجبوا ذلك على الدنيئة ولم يوجبوه على الشريفة إلا أن يكون الطفل لا يقبل إلا ثديها، وهو مشهور قول

مالك، ثم يستطرد قائلا: وأما من فرق بين الدنيئة والشريفة فاعتبر في ذلك العرف والعادة".

4- بيع المعاطاة.

حين يذهب المالكية إلى القول بصحة هذا البيع، يقول صاحب الشرح الكبير: "ينعقد البيع بما يدل على الرضا، وإن كان بمعاطاة بأن يأخذ المشتري المبيع ويدفع الآخر ثمنه من غير تكلم ولا إشارة ولو في غير المحقرات"[1].

وعلق الدسوقي في حاشيته بما يأتي: "قوله بما يدل أي عرفا سواء دل على الرضا لغة أيضا، أولا، كبعت واشتريت وغيره من الأقوال كالكتابة والإشارة والمعاطاة..."[2].

وعلق الصاوي: "قوله: وما دل على الرضى، أي عرفا سواء دل عليه لغة أيضا أولا..."[3].

ويستدلون على دعواهم بالعرف، لأن الشارع لم يوضح كيفية البيع ولا طريقة الإيجاب والقبول، بل ترك هذا كله إلى العرف، وحينئذ فإن البيع يكون صحيحا بالمعاطاة[4].

5- الحرز في السرقة:

ذهب المالكية إلى أنه لا قطع إلا إذا سرق المال من حرز مثله، ويرجع إلى

---

[1]- الشرح الكبير: للدردير : ج 3، ص: 2 وما بعدها.

[2]- حاشية الزرقاني علي خليل: 3 / 174، الموطأ: ص: 557.

[3]- حاشية الدسوقي: 3 / 161 وما بعدها.

[4]- المرجع نفسه.

معرفة الحرز إلى العرف، قال ابن رشد: "والحرز عند مالك بالجملة هو كل شيء جرت العادة بحفظ ذلك الشيء المسروق"[1].

وذهب مالك إلى أن البيت في الدار المشتركة حرز يقطع بإخراج المتاع منه ولو لم يخرجه من جميع الدار، قال في الموطأ: "الأمر عندنا أنه إذا كانت دار رجل مغلقة عليه ليس معه فيها غيره فإنه لا يجب على من سرق منها شيئا قطع حتى يخرج من الدار كلها، لأن الدار كلها هي حرزه، فإن معه في الدار ساكن غيره، وكان كل إنسان منهم يغلق عليه بابه، وكانت حرزا لهم جميعا، فمن سرق من بيوت تلك الدار شيئا يجب عليه القطع، فخرج به من الدار، فقد أخرجه من حرزه إلى غير حرزه، ووجب عليه فيه القطع"[2].

6- قطع النباش.

ذهب الإمام مالك إلى وجوب القطع عليه إذا أخرج من القبر ما يجب فيه القطع، قال في الموطأ: "والأمر عندنا في الذي ينبش القبور أنه إذا ما أخرج من القبر ما يجب فيه القطع، فعليه فيه القطع، وذلك أن القبر حرز لما فيه، كما أن البيوت حرز لما فيه، ولا يجب عليه القطع حتى يخرج به من القبر"[3].

7- ما يجزى في كسوة كفارة اليمين.

فإذا حلف شخص ثم حنث فوجبت عليه الكفارة، واستطاع كسوة المساكين، يرى المالكية بأن الكسوة تتقدر بما تجزئ به الصلاة ولا يجزي دون ذلك.

---

[1]- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد: 2 / 411.

[2]- مالك في الموطّأ، ص541.

[3]- المصدر نفسه، كتاب الحدود، باب جامع القطع، رقم1581، ص425.

جاء في الموطأ قال مالك: "أحسن ما سمعت في الذي يكفر عن يمينه بالكسوة أنه إن كسا الرجال كساهم ثوبا ثوباً، وإن كسا النساء كساهن ثوبين ثوبين درعاً وخماراً، وذلك أوفى ما يجزي كُلاًّ في صلاته"[1].

وقد استدل المالكية بالعرف أن يلبس ولا يستر عورته يسمى عريانا لا مكسيا، وكذلك الذي يلبس السراويل وحده أو مئزرا لا يستر يسمى عريانا.

الفرع الرّابع: البعد المقاصدي للعرف.

من المتّفق عليه عند علماء الأصول؛ أنّ العرف لابدّ أن يكون متّفقاً مع روح الشّريعة الإسلاميّة، غير مخالف لنصوصها ومبادئها العامّة، محقّقاً للتّيسير والتّخفيف ملبّياً لحاجيات المجتمع الإنساني، مناسباً للوضع الإلهي للشّريعة الإسلاميّة، وما كان كذلك فهو موافق للعقل، لأنّ الشّريعة الإسلاميّة لا تتضمّن في أحكامها ما يستحيله العقل، وأمّا العادة اصطلاحاً فهي الأمر المتكرّر من غير علاقة عقليّة، و أمّا ما كان متكرّرًا بسبب علاقة عقليّة كتكرار حدوث الأثر مع المؤثّر بعلاقة العلّيّة لا يعتبر من قبيل العادات، وإنّما هو من قبيل التّلازم العقلي؛ كتحرّك الخاتم بتحرّك الأصبع، وتبدّل مكان الشّيء بحركته، فهذا مهما تكرّر فلا يسمّى عادة[2].

انطلاقا من تعريف كلّ من العرف والعادة، يمكن أن نستنتج الأهمّيّة البالغة التي يحضيان بها في سيرورة حياة الإنسان، وتكمن هذه الأهمّيّة في ثبات الأعراف والعادات حتى تأخذ حيّزاً ليس باليسير في تفكير الإنسان،

---

[1]- المصدر نفسه، كتاب الأيمان والنّذور، باب العمل في كفّارة اليمين، رقم1037، ص232.

[2]- المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، 2/836.

ومن ثمّ التّشريع لحياته الدّنيويّة، وبمرور الوقت يصير الإنسان غير مستطيع للإقلاع عن هذه الأعراف والعادات التي خالجت فكره، وعقله، واستجابت لها أعضاؤه وأعصابه.

ونتيجة ذلك كله أن رسوخ الأعراف والعادات، وثباتها في النفوس، يزيد في صعوبة رجوع النّاس عنها أو القضاء عليها، ولأجل ما في العادات والأعراف من القوّة، والتغلغل في النّفوس، صرّح الفقهاء بأنّ في النّزوع عن العادة المألوفة، والظّاهرة حرجاً بيّنا، ومن ثمّ قرّروا أنّ الثّابت بالعرف ثابت بدليل شرعي[1].

وعليه فتغيّر العادات والأعراف؛ خاصة إذا كانت ذات صلة قويّة بالدّوافع الفطريّة، أو كان ناشئاً عنها، فهو في درجة كبيرة من المشقّة، والعنت، بل ربّما كان تكليف الإنسان بتغييرها و تبديلها من باب التّكليف بما لا يطاق، وهو غير واقع في هذه الشّريعة السّمحاء[2].

إذا تقرّر هذا؛ فإنّ مراعاة المقاصد كانت من الأسباب التي دعت العلماء إلى إدخال دليل العرف والعادة في حيّز القبول والاعتبار، بل وإلى تسطيرهما ضمن أصول سياسة التّشريع الإسلاميّ.

يقول مصطفى الزّرقا: "والعرف العمليّ يدلّ على حاجة النّاس إلى ما تعارفوا عليه، وفي نزع النّاس عمّا تعارفوه عسر وحرج "[3].

---

[1]- الشّاطبي، الموافقات، 2/156.

[2]- الفروق، القرافي،ج3/ 149.

[3]- المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقاء، 2/ 880.

فالعلماء الذين اعتدّوا بالعرف، كانوا ناظرين إلى جانب حاجة النّاس الملحّة في اعتبار أعرافهم وعاداتهم، وتعليل الأحكام الشّرعية على وفقها .

ولا تزال العادة تلعب دورا حيويا لا ينكر، فالعادة التي سبقت القوانين وقامت مقامها قبل تدوينها، لا تزال تكملها عند سكوتها، وتفسرها وتطبقها وفق تقاليد الشعب، وتُعَدِّلُهَا حسب رغباتهم، فالعادة تساعد على تحريك الشرائع من جمودها لنصل الماضي بالحاضر، وتهيئ الحاضر للمستقبل، وهكذا لا يمكن للقانون، الذي هو علم اجتماعي، أن يتجاهل العوائد التي هي أهم مظاهر المجتمع، وبذلك تكون المصلحة قد انبنت على أوضاع الناس وأعرافهم وعاداتهم وتقاليدهم، وجرى عمل الناس بها تبعا لتطور الزمن وتعدد النوازل، فالناس سائرون مع الزمن وما يبرزه من جديد كل يوم من اكتشافات وصناعات، واتساع عمران، وتشابك المصالح، مما أنشأ تقاليد و أعراف جديدة تقتضي أن نبني المصالح عليها.

وهكذا فالأحكام الفقهية المبنية على العرف تتغير بتغيره زمانا ومكانا لأن الفرع يتغير بتغير أصله، ولهذا يقول العلماء في مثل هذا الاختلاف إنه اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان.

المطلب السّابع: دليل مراعاة الخلاف

من الأدلّة التي اعتمدها المالكيّة في بناء مذهبهم ما يعرف بدليل مراعاة الخلاف، والذي سوف نبيّن معناه عند المالكيّة وما ذا يقصدون به، وأهم الفروع الفقهيّة المبنيّة عليه.

الفرع الأوّل معنى القاعدة:

أوّلاً لغة:

المحافظة والإبقاء على الشيء، وتطلق أيضا على المناظرة والمراقبة، ولتأمل الفعل وإعماله ويقال: راعى الأمر أي نظر إلى أين يصير، ولاحظه محسنا إليه ويقال أيضا: راعيت فلانا مراعاة إذا راقبته وتأملت فعله، والخلاف في اللغة: ضد الاتفاق[1].

ثانياً في الاصطلاح:

عرفها الشيخ القباب من المالكية(ت779هـ) بقوله: "وحقيقة مراعاة الخلاف هو إعطاء كل واحد من الدليلين حكمه". وقد عرفه ابن عرفة بأنه: إعمال دليل في لازم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليل آخر"[2].

إذا فمراعاة الخلاف هو إعمال الدليل المخالف، أو إعادة النظر فيه مع الإبقاء على حجيته أما الشاطبي -رحمه الله- فقد قال: "أنّها عبارة عن إعادة النّظر من المجتهد في الأحكام التي يقرّرها، وذلك بمراعاة المآلات بعد تقرير

1- ابن منظور، لسان العرب، 253/5، مادة (خلف).

2- الونشريسي، المعيار المعرب، 386/3.

الأدلّة في المسائل الخلافيّة، بحيث يجب عليه في هذه الحالة أن يلاحظ أموراً تستدعي إعادة النّظر في الحكم بعد الوقوع، إذ حالة الحكم بعد الوقوع ليست كحاله قبله، فبعد الوقوع تنشأ أمور جديدة تستدعي نظراً جديداً، وتجد مشكلات لا يمكن التّقصّي منها إلاّ بالبناء على الأمر الواقع بالفعل واعتباره شرعيّاً بالنّظر لقول المخالف وإن كان ضعيفاً في أصل النّظر، إلاّ أنّه لمّا وقع الأمر على مقتضاه روعيت المصلحة وتجدّد الاجتهاد في المسألة الجديدة بنظر وأدلّة أخرى"[1].

وإعطاء كل واحد منهما ما يقتضيه الآخر أو بعض ما يقتضيه هو معنى مراعاة الخلاف.

يتضح من خلال هذه التعاريف ما يلي[2]:

- أن إعمال قاعدة مراعاة الخلاف لا تتمكن إلا فيما كان من مسائل الخلاف.

-أن العمل بها بقدر ما يفيد الاعتداد بالرأي المخالف لمسوغ ما، بقدر ما تفيد التقليل من غلواء وحدة الخلاف إذا اشتدت قوته، إذ ليس القصد مراعاة صور الخلاف.

-أنّ تقرير قاعدة مراعاة الخلاف فيها معنى وفكرة التقريب تأصيلا وتفريعا.

---

[1]- الشّاطبي، الموافقات، 402/4.

[2]- المصدر نفسه، 403/4، ومحمد أحمد شقرون، مراعاة الخلاف عند المالكيّة وأثره في الفروع الفقهيّة، ص58.

-أنّ بُعدها التوفيقي للتقريب بين المذهب المالكي وغيره من المذاهب اتحاد المقصد بين المذاهب وإن اختلفت في الفروع.

الفرع الثّاني: تأصيل القاعدة.

أوّلاً من الكتاب والسّنّة:

استدلّ المالكية على قاعدة مراعاة الخلاف بنصوص عديدة من الكتاب والسنة، قوله تعالى: ﴿ **يأيها الذين آمنوا لا تحلوا شعائر الله ولا الشهر الحرام ولا الهدي ولا القلائد ولا آمين البيت الحرام يبتغون فضل من ربهم ورضوانا**﴾ (سورة المائدة، 2).

فالله تعالى بين على أن النهي عن استحلال المشركين الآمين البيت الحرام، هو ابتغاؤهم فضل الله ورضوانه مع كفرهم به سبحانه وتعالى الذي لا تصح معه عبادة، ولا يقبل معه عمل، وهذا فيه نوع من الاعتبار والمراعاة لزعمهم الباطل أن ما هم فيه عبادة الله تعالى، فيكف لا يراعى خلاف عبد مسلم، وتستبعد عبادته الواقعة على وجه دليل شرعي لا يقطع بخطئه فيه، وإن كان يظن ذلك ظناً[1].

وفي السنة من حديث ابن شهاب، عن عروة، عن عائشة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنۡهَا أنها قالت: كان عتبة بن أبي وقاص عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص، أن ابن وليدة زمعة مني فأقبضه إليك، فلما كان عام الفتح أخذه سعد، فقال: ابن أخي قد كان عهد إلي فيه، فقام عبد بن زمعة فقال: أخي وابن أمة أبي، ولد

1- الونشريسي، المعيار المعرب، 3/ 395.

على فراشه، فتساوقا إلى رسول الله : فقال سعد: يا رسول الله ابن أخي عهد إلي فيه، فقال عبد بن زمعة: أخي وابن وليدة أبي، فقال رسول الله: «هو لك يا ابن زمعة، الولد للفراش وللعاهر الحجر»، ثم قال لسودة بنت زمعة: «احتجبي منه يا سودة» لما رأى من شبهة بعتبة، فما رآها حتى لقي الله"[1].

وجه الدلالة من الحديث: أن النبي ﷺ أعمل دليل الفراش، فأثبت به النسب لزمعة، وراعى دليل الشبه فأمر سودة بالاحتجاب من المولود لشبهه بعتبة، و هذا فيه إعمال كل واحد من الدليلين المتعارضين فيما هو فيه أرجح، وهو معنى مراعاة الخلاف كما عرفها ابن عبد السلام شيخ ابن عرفة[2].

ثانياً: من اجتهادات الصّحابة والتّابعين:

وللقاعدة أدلة واضحة على حجيتها من أفعال الصحابة والتابعين مثاله:

لما بعث أبا بكر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يزيد بن أبي سفيان إلى الشام فقال: «إنك ستجد قوما زعموا أنهم حسبوا أنفسهم لله، فذرهم وما زعموا أنهم حسبوا أنفسهم له»[3].

إذا فمراعاة الخلاف من جانب العقل يراعى فيها إعمال كل واحد من الدليلين المختلفين وإعمال الدليل أولى من إهمالها أو إهمال أحدهما أو يتوسط

[1]- أخرجه البخاري تحت رقم 2745، كتاب الوصايا، باب الوصي لوصيه، تعاهد ولدي، و أخرجه مسلم تحت رقم 1457، كتاب الرضاع في باب الولد للفراش.

[2]- محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، مراعاة الخلاف في المذهب المالكي، ص:250.

[3]- أخرجه مالك في الموطأ،، كتاب الجهاد باب النهي عن قتل النساء والولدان في الغزو، ج 2/ ص:447.

بينهما فيعطي لكل واحد منهما بعض أثره لبناء الحكم، "وأن مراعاة الخلاف هي عمل بالراجح، والعمل بالراجح واجب شرعا"[1].

الفرع الثّالث: شروط مراعاة الخلاف.

لتحقّق مراعاة الخلاف في المذهب المالكي، وفي غيره من المذاهب الأخرى؛ وليترتّب عليها ما يُرجى من إعمالها، لا بدّ من توفّر عدّة شروط أهمّها:

1- **أن لا يُترك المذهب من كلّ الوجوه.**

قد تؤثّر قاعدة مراعاة الخلاف في عدم الأخذ بوجه من أوجه المسألة في المذهب المالكي، أو غيره؛ ولكن لا يلزم من ذلك أن يُترك المذهب من كلّ الوجوه حال مراعاتها.

مثال: "أن يتزوّج زواجا مختلفا فيه، ومذهبه فيه ومذهب إمامه الذي قلّده أنه فاسد، ثمّ يُطلّق فيه ثلاثا، فقال ابن القاسم: يلزمه فيه الطّلاق ولا يتزوّجها إلا بعد زوج، فلو تزوّجها قبل أن تتزوّج غيره لما فُرّق بينهما؛ لأنّ التّفريق بينهما حينئذ إنّما هو لاعتقاد فساد نكاحهما، ونكاحُهما عنده صحيح، وعند المخالف فاسد، ولا يمكن أن يَترك الإنسان مذهبَه مراعاة لمذهب غيره؛ يريد أن منعه من تزويجها أوّلا إنّما هو مراعاة للخلاف، وفسخه ثانيا لو قيل به كان مراعاة للخلاف"[2].

1- محمد الأمين، مراعاة الخلاف في المذهب المالكي، ص 253.

2 - محمّدعلّيش، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، 1/83.

وبهذا الشّرط يكون الجمع بين المذاهب ممكنا[1].

2- **أن لا توقع مراعاته في خلاف آخر.**

فإذا كانت مراعاة الخلاف تُوقعنا في خلاف آخر؛ ذهبت الفائدة منه، ولم تظهر ثمرة مراعاة الخلاف المتمثّلة في: عدم التّعصّب، ونبذ الخلافات، ووحدة المسلمين وانتشار معاني الرّحمة والتّسامح بينهم.

مثال: من نسي قراءة سورة الفاتحة في الصّلاة، "ومن هذا الجنس اختلاف أصحاب مالك فيمن نسي قراءة أمّ القرآن من الرّكعة الأولى؛ فقيل: لا يعتدُّ بالرّكعة ويقضيها، وقيل: يعيد الصلاة، وقيل: يسجد للسّهو وصلاته تامّة. وفروع هذا الباب كثيرة"[2].

3- **أن يكون مأخذ المخالف قويّا.**

وذلك على أساس ما ذُكر من ملائمة قاعدة مراعاة الخلاف لقوّة دليل المخالف، أو لوجه الاستدلال عنده، إضافةً إلى رجاحة في محلّ تنزيل الفتوى لمقصد شرعي، أو لمصلحة راجحة.

مثال: "فإن كان واهيا لم يراع كالرّواية المنقولة عن أبي حنيفة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ في بطلان الصّلاة برفع اليدين، فإنّ بعضهم أنكرها وبتقدير ثبوتها لا يصحّ لها مستند، والأحاديث الصّحيحة معارضة لها"[3].

[1] -الزّركشي، المنثور في القواعد الفقهية، 2/131.
[2] -ابن رشد بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 1/200.
[3] -الزّركشي، المنثور في القواعد الفقهية، 2/129.

4- أن لا تُؤدّي مراعاته إلى خرق الإجماع.

لأنّ الإجماع أصل متّفق عليه وعلى حجّيته، بخلاف مراعاة الخلاف، فلا يكون المختلف فيه مستندا لدفع وخرق المجمع عليه.

مثال: في غسل الأذنين ومسحهما؛ "كما نقل عن ابن سريج أنه كان يغسل أذنيه مع الوجه ويمسحهما مع الرّأس، ويفردهما بالغسل مراعاة لمن قال إنّهما من الوجه أو الرأس، أو عضوان مستقلان فوقع في خلاف الإجماع، إذ لم يقل أحد بالجمع"[1].

الفرع الرّابع: من فروع القاعدة.

قاعدة مراعاة الخلاف كسابقاتها من القواعد التي لها علاقة مع غيرها من القواعد القريبة منها أو المتفرعة عنها ومن أبرزها ما يلي:

1- قاعدة الاستصلاح في كونها مع مراعاة الخلاف "من بواعث الاستصلاح، ذلك أن المجتهد عندما يلجا إلى العمل بقاعدة الاستصلاح فإنه و لا شك تحمله عليه بواعث ودواع، قد يكون من بينها مراعاة الخلاف"[2].

فالقاعدة تراعي المصلحة المشروعة والتي تتوافق مع الشيء وتتمثل في درء المفاسد وجلب المصالح،

ولها تعلق قوي بمبدإ الوحدة ونبذ الخلاف عن الشريعة الإسلامية بالأدلة المعتبرة، وذلك لأن مراعاة الخلاف يتم فيها التنازل عن نظر مجتهد إلى مجتهد آخر

1- الزّركشي، المنثور في القواعد الفقهية، 2/129.

2- نور الدين عباسي، التقريب بين القواعد الأصولية فيما لا نص فيه، ص:343.

اعتبارا لدليله القوي والمعتبر، تحقيقا للعدل، ورفعا للمشقة عن المكلف[1].

2- ارتباط القاعدة بمنهج الموازنة بينما كان متفقا عليه ومختلفا فيه وبين الحكم إذا كان قبل الواقعة وبعد وقوعها "فحالة ما بعد الوقوع ليست كحالة ما قبله، لأن بعده تنشأ أمورا جديدة تستدعي نظرا جديدا وتجد إشكالات يتقصى عنها إلا بالبناء على الأمر الواقع بالفعل واعتباره شرعيا بالنظر لقول المخالف"[2].

3-ارتباطها بمآلات الأفعال وما يتتج عنه الفعل التكليفي عند الإعمال[3].

4-تعلق القاعدة بمنهج رفع الحرج ومراعاة اليسر وإزالة الأضرار التي دلت كليات الشريعة ونصوصها على اعتبارها، ويمكن اعتبار قواعد عدة من فرع مراعاة الخلاف منها: المشقة تجلب التيسير، الضرر يزال، دفع المفاسد وجلب المصالح...أو أنه أثناء إعمال القاعدة نجد الارتباط المتين بين القواعد والقاعدة[4].

5-اعتبار مراعاة الخلاف من باب الاستحسان وممن عده كذلك الإمام الشاطبي في الموافقات من أوجه عديدة منها من خلال بعض تعاريفه ومن خلال العمل به وغيرها، قال الدكتور محمد الأمين ولد سالم الشيخ: "فهذه أربعة مضامين تلتقي فيها مراعاة الخلاف مع الاستحسان، تجعلنا لا نتردد في وصف العلاقة بينهما بأنها علاقة وطيدة، ذات أصول وجذور إن لم نصفها

1- في هامش الموافقات، 403/4.

2- المصدر نفسه.

3- السنوسي، مآلات الأفعال، ص168.

4- محمد الأمين، مراعاة الخلاف في المذهب المالكي، ص95.

بأنها علاقة الفرع بالأصل والجزء بالكل، كما يروق للإمام الشاطبي والقباب أن يصفاها"[1].

6-علاقة القاعدة بسد الذرائع وتتجلى في "كون كل منهما مبني على مبدأ النظر في مآلات الأفعال"[2].

فهذه جل القواعد البارزة والتي يمكن أن نعتبرها تتكامل مع قاعدة مراعاة الخلاف في إنزالها على المسائل الفقهية.

الفرع الخامس: تطبيقات القاعدة[3].

إن إعمال قاعدة مراعاة الخلاف لا يكون إلا فيما كان من مسائل الخلاف الاجتهادية، والقاعدة تفصح عن منهج استدلالي تنضوي تحته من الأدلة والمفاهيم المعتمدة والقواعد الشرعية المعتمدة في المذهب المالكي. ويظهر جلياً أنّ مراعاة الخلاف مسلك من مسالك الأدلة الشرعية التي تظهر فيها بوضوح معالم تطبيق جميع الأدلة المقررة من القياس والاستحسان وغيرهما، وهذا مقتضى الحكمة في الخلاف رحمة بالعباد، ومواءمة لطبيعة الوقائع تماشيا مع الحال والمآل من أجل تحقيق مراد الشارع في وضع الشريعة، فمالكٌ –رحمه الله- حينما طلب الخليفة منه تعليق الموطأ بالكعبة ليحمل

---

[1]- محمد الأمين، مراعاة الخلاف في المذهب المالكي، ص160.

[2]- محمد التمسماني الإدريسي، الاجتهاد الذّرائعي في المذهب المالكي، ص150.

[3]- ينظر للتّوسّع في التّطبيقات الفقهيّة في مختلف أبواب الفقه، محمد شقرون، مراعاة الخلاف عند المالكيّة وأثره في الفروع الفقهيّة، وكذا محمد الأمين ولد سالم بن الشيخ، مراعاة الخلاف في المذهب المالكي وعلاقته ببعض أصول المذهب وقواعده.

الناس على ما فيه فقد كان في جوابه على ما يدل على الاعتداد برأي المخالف في المسائل بدعوى أن أصحاب رسول الله ﷺ قد اختلفوا في الفروع، بافتراقهم في الأمصار وكل عند نفسه مصيب[1].

إذا فمراعاة الخلاف معيار توزن به الموازنات بتغير الزمان والمكان والحال فقد قبل المالكية اختلاف الآخر المبني على الدليل والاجتهاد مع ترك فرصة له اعتبارا لإمكانية صواب رأيه وهذا من مقاصد القاعدة.

فمثلا: مديم السفر كالملاح هل يقصر الصلاة أم لا؟ هناك من أجاز له التقصير مطلقا، وهناك من أوجبها عليه كالحنفية أما الحنابلة فقد حرموا عليه التقصير، والأولى الخروج من الخلاف احتياطا وإعمالا للدليل الصريح الأصلي مع الاعتداد بالمصادر التبعية من الاستحسان، وسد الذرائع، و منع الحيل، وغيرها.

والقول بتكرار العمرة في العام الواحد إذا نظرنا في أحكام الفقهاء نجدها بين الكراهة والإباحة، والأولى التكرار لأنها عبادة والعبادة لا يجب أن تمنع وبه يكون من مقاصد مراعاة الخلاف أن لا يؤدي إلى المنع من العبادة.
ومن أبرز التطبيقات للقاعدة بعض الأنكحة الفاسدة المختلف في فسخها، كما ذكره الأصوليون(من فتاوى الإمام الشاطبي) مثل: "نكاح الشغار"؛ فالمذهب المالكي يوجب الفسخ ويثبت التوارث إذا مات أحدهما، مع أن الأصل العام عند مالك هو التوارث ما دام الفسخ ثابت لكنه راعى الخلاف

---

[1]- محمد الأمين، مراعاة الخلاف في المذهب المالكي، ص120.

القائل بعدم فسخه، فأخذ بدليل المخالف في لازم مدلوله وهو ثبوت الإرث والأخذ بدليله الذي يترتب عليه الفسخ، وبذلك يكون قد جمع بين إعمال دليلين في الحكم وإعمال دليل مخالفه في لازم مدلوله[1].

ومردّ كل هذا إلى أنه قبل الوقوع أمر، وبعد الوقوع اعتبارا للمآل يكون هناك أمر، فقبل الوقوع لما يترتب عليه من آثار سلبية، أما عندما تقع الواقعة مخالفة للأصل الشرعي لم يعد التمسك بالمنع يجدي فذهب المالكية إلى تفادي الخلل الواقع (وهو الحرمان من الإرث والفسخ) فتثبت حقوق الزوجين والأطفال كما لو أن الزواج كان صحيحا"، وبالتالي فالقاعدة مراعاة الخلاف من أبعادها المقاصدية الكبرى أنه يتم توجيهها لحماية مصلحة المكلفين وبحثا عن المصلحة مقصود الشارع التي جاءت الشريعة بحفظها، ورفعا للحرج عن المكلفين، وتكريس مبدأ الغيرية في إعمال دليل الآخر وتصويب اجتهاده الفقهي[2].

ويمكننا أن نذهب أبعد فنقول إن قاعدة مراعاة الخلاف عند المالكية منهج من مناهج الاجتهاد المعتمد في البحث عن صحيح النقل وصريح العقل والجمع بينهما،فيتمكن الناظر من النظر فيما وجد من الأثر والنصوص وتأويلها أحسن تأويل، وترجيح الأقرب إلى الحق وتضييق هوة الخلاف في الاجتهاد الفقهي، قال فضيلة الدكتور العسري: "وننبه إلى أن في عمل مالك بأصل مراعاة الخلاف عدة فوائد علمية وعملية، منها أنه يحاول بواسطتها الجمع بين الآراء المختلفة، مستفيداً من آراء مخالفيه التي تعتبر ضعيفة عنده،

---

[1]- محمد شقرون، مراعاة الخلاف عند المالكيّة، ص466.

[2]- المصدر السّابق.

وفي ذلك ما لا يخفى من دعم تقريب الشقة بين المختلفين في المسائل"[1].

كما تكمن غاية القاعدة في القاعدة العلمية ـ كما ذكرنا ـ من التقريب بين القواعد الأصولية المعتمدة "والقدرة على الصناعة الفقهية والبراعة في فهم القواعد الأصولية مع إحكام الربط في التقريب بين تلك الخلافيات الفرعية وبين تلك القواعد والأصول العامة"[2].

وجملة الكلام في مقصد مراعاة الخلاف أن فيه محاولة تصويب الجميع وترجيح الجميع واعتبار كل دليل على حدة، وعدم إقصاء أي دليل مراعاة له بالصواب، والبحث عن المصلحة التي قصدها الشارع، والابتعاد عن المفسدة التي نهى عنها الشارع الحكيم، رفعا للضرر وإبعادا للحرج وتيسيرا على المكلف ورحمة به.

1- محمد نصيف العسري، الفكر المقاصدي عند الإمام مالك، ص:504.

2- المصدر نفسه.

المطلب الثامن: دليل ما جرى به العمل

الفرع الأوّل: تعريف ما جرى به العمل.

ما جرى به العمل وجه من وجوه النّظر، يؤخذ به في الفتاوى والأحكام والنّوازل والأقضيات، ومرتبته الاستدلالية استثنائيّة من الأصل، إذ الأصل وجوب اتّباع الرّاجح والمشهور والعدول عنهما إلى المرجوح أو الضّعيف إذ اقترن بمسوّغ معقول يعد رخصة، وما كان حقّه كذلك وجب الاقتصار فيه على القدر الخادم للقضيّة من غير تعدّ وتعميم إلى غيرها وبالضّرورة وجوب الرّجوع إلى الأصل إذا انقضى زمان أو حال الاستثناء والرّخصة، وهذا ما يدلّنا على أنّ ما جرى به العمل نتاج النّظر المقاصدي في الفقه المالكي باعتباره وجهاً من وجوه الاستدلال الفقهي والتّرجيح الاجتهادي والنّظر المقاصدي في المذهب المالكي، وقد ارتضى بعض الباحثين تعريف ما جرى به العمل على النّحو الآتي: (هو العدول عن القول الرّاجح أو المشهور في بعض المسائل إلى القول الضّعيف فيها رعياً لمصلحة الأمّة وما تقتضيه حالتها الاجتماعيّة)[1].

ومن خلال هذا التّعريف يتبيّن لنا أنّ ما جرى به العمل مؤسّس على اعتبار المقاصد والمصالح والحاجات والضّرورات؛ ذلك أنّ الفقيه يلجأ إليه إن اقتضى الحال من أجل إيجاد حلّ للمسألة التي جاء المستفتي سائلاً عنها فيفتيه بالقول الضّعيف الشّاذ أحياناً مقابل الرّاجح أو المشهور لمصلحة أو ضرورة، ويظهر من خلال ذلك أنّ تفعيل ملمح ما جرى به العمل كمنحى استدلاليّ مرتبة لا تتحصّل إلاّ لمن ملك آلة الاجتهاد كما سوف يظهر معنا.

---

[1] – عمر الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب، ص342.

وقد أسّس الفقهاء مشروعيّة قاعدة ما جرى به العمل على مجموعة من النّصوص منها ما بوّب به البخاري في صحيحه فقال: "باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والمكيال والوزن على نياتهم ومذاهبهم المشهورة"، ثمّ ساق ما يدلّ على ذلك[1].

الفرع الثّاني: أهمية دليل ما جرى به العمل في الفقه المقاصدي المالكي.

إذا دقّقنا النّظر في أصول وقواعد المذهب المالكي الاستدلاليّة والحجاجيّة فإنّنا لا نجد حضوراً لدليل ما جرى به العمل باعتباره أحد وجوه الاستدلال أو القواعد المعوّل عليها في المذهب؛ وإنّما وجوده ينكشف ضمن القواعد الفقهيّة وبين ثنايا أبواب الفقه والأحكام والقضاء والفتوى، للالتصاق الوثيق بين العمل وحكم القاضي والحاكم والمجتهد في المذهب ومجتهد الفتوى لاسيما في الأحكام المتعلّقة بالمعاملات التي لها صفة التّجدّد والحدوث، ولها ارتباط وثيق بين الواقع والعرف والبيئة والمجتمع، وباعتبار آخر كون العمل يعدّ من الرّخص والاستثناءات، وما كان كذلك وجب الاقتصار به على المحلّ المعيّن من غير تعدية وجوهه إلى غيره.

فمظان ما جرى به العمل الاجتهادات والتّفريعات الفقهيّة والمسائل الواقعيّة والنّوازل الحادثة التي أفتى فيها المفتون والمجتهدون بفتاوى واجتهادات معيّنة، والتي تستند إلى المنطق الاجتهادي الصّحيح والتّأصيل المنهجي العميق.

---

[1] – ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب من أجرى أمر الأمصار...، 466/4، تحقيق: ابن باز.

واستلال الأصول والقواعد والخصوصيات من الفروع والفتاوى والاجتهادات منهج قديم قدم نشأة المذاهب الفقهيّة، ومنها المذهب المالكي، الذي لم يضع أصوله الإمام مالك- أي لم يصرّح بها- وإنّما استخرجها تلامذته من الإشارات والاختيارات ووجوه الاستدلال التي أوردها في موطّئه، أو من نصوص المدوّنة، وذلك بالاستقراء والتّتبّع.

وملمح ما جرى به العمل نمط اجتهادي مقاصدي غرضيّ مستلّ من الأصول الاستدلاليّة المالكيّة، فهو إن كان ملتفتاً فيه إلى جلب المصلحة فهو مخرّج على أصل الاستصلاح، وإن كان موجبه درء المفسدة فهو على أصل سدّ الذّرائع، وإن كان جرياً على ما تعارف عليه النّاس فمندرج تحت أصل مراعاة العوائد والأعراف، وممّا يجدر التّنبيه عليه هنا أنّ العمل يرتبط بموجبه ارتباط العلّة بالمعلول، فهو منفذ استدلالي مؤقّت إلى حين زوال العلّة بارتفاع الموجب لها فيعود الحكم إلى الرّاجح أو المشهور[1].

فحقيقة القول بما جرى به العمل من خصوصيات المذهب المالكي، وأحسبه أنّه موازي في الظّاهر بالاستحسان عند الحنفيّة باعتبار هذا الأخير تقديم قياس خفي على قياس جليّ لمصلحة أو ضرورة.

وقد ورد عن أئمّة المذهب المالكي كثير من الفتاوى التي خالفوا فيها المشهور والرّاجح لقوّة المصلحة المترتّبة على الأخذ بالضّعيف أو الشّاذ أو المرجوح، وفي ذلك يقول إبراهيم اللّقاني (ت1041هـ):(لشيوخ المذهب المتأخرين كأبي عبد الله بن عتّاب، وأبي الوليد بن رشد وأبي الأصبغ بن

---

[1] – ما جرى به العمل في الفقه المالكي(نظرية في الميزان) مجلة العدل، رجب 1430هـ، العدد 43، ص22.

سهل، والقاضي أبي بكر بن زرب، والقاضي أبي بكر بن العربي، واللّخمي، ونظائرهم اختيارات وتصحيح لبعض الرّوايات والأقوال عدلوا فيها عن المشهور وجرى باختيارهم عمل الحكّام والفتيا لما اقتضته المصلحة وجرى به العرف، والأحكام تجري مع العرف والعادة، قاله القرافي في القواعد، وابن رشد في رحلته وغيرهما من الشّيوخ)[1].

ويظهر من كلامه –رحمه الله– النّزعة المقاصديّة الموجّهة لتأصيل القول بمصلحة ما جرى به العمل واعتماده عند أولئك الفقهاء المالكيين.

الفرع الثّالث: المسوّغات المقاصديّة لاعتبار ملمح ما جرى به العمل في الاجتهاد.

لما كان القول بما جرى به العمل يظهر فيه إهمال ما هو راجح واعتبار ما هو مرجوح؛ فإنّ هذا ليس هذا على إطلاقه وإنّما هو مقيّد بوجود مسوّغات قويّة تدعو إلى الجنوح إلى ترجيح ما جرى به العمل على المشهور المفتى به.

ولذلك فيمكن القول بأنّ (فقه العمل) أو (الماجريات)[2] ضاع بين الغالي فيه والجافي عنه؛ أمّا الأوّل فيقدّم العمل به على النّصوص القطعيّة من الكتاب والسّنّة تقديساً للعرف الدّارج والعمل الجاري، وأمّا الجافي عنه فشنّ على فقه العمل حملة شعواء إذ ترسّخ لديه اعتقاد أو عرفان بأنّ العمل لا أصل له إلاّ الجريان على الأقوال الضّعيفة، ومجاراة الأعراف الفاسدة[3]، فضاعت الحسنة بين السّيّئتين.

---

[1] – إبراهيم اللّقاني، منار الفتوى وقواعد الإفتاء، تحقيق: عبد الله الهلالي،، ص272/ 273.

[2] – محمد رياض، أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، ص513.

[3] – ما جرى به العمل في الفقه المالكي، ص19.

ومن أهمّ المسوّغات المقاصديّة للقول بملمح ما جرى به العمل واعتباره ما يلي:

أ- قاعدة اعتبار المقاصد:

فأصل العمل ينبع من معين الأدلّة والأقوال الاجتهادية لأئمّة النّظر والتّحقيق، وذلك (أنّ بعض المسائل فيها خلاف بين فقهاء المذهب، فيعمد القضاة إلى الحكم بقول مخالف المشهور لدرء مفسدة أو خوف فتنة، أو جريان عرف في الأحكام مستندها العرف لا غيرها، أو نوع من المصلحة، أو نحو ذلك فيأتي من بعده، ويقتدى به مادام الموجب الذي لأجله خالف المشهور في مثل تلك البلد، وذلك الزّمن، وهذا مبني على أصول المذهب المالكي قد تقدّمت، فإذا كان العمل بالضّعيف لدرء مفسدة، فهو أصل مالك في سدّ الذّرائع، أو جلب مصلحة، فهو على أصله في المصالح المرسلة وقد تقدّم ما فيه من الخلاف وأنّ شرطه أن لا يصادم نصّاً من نصوص الشّريعة ولا مصلحة أقوى منها أو جريان عرف، فتقدّم أنّ من الأصول التي بنى الفقه عليها، وأنّه راجع للمصالح المرسلة أيضاً، فيشترط فيه ما اشترط فيه، فتنبّه لهذا كلّه، فإذا زال الموجب، عاد الحكم المشهور، لأنّ الحكم بالرّاجح، ثمّ المشهور واجب، وهو من الأصول العقليّة)[1].

وملمح ما جرى به الدّليل بهذا الاعتبار هو من القواعد المقرّرة لوجوب المزج بين النّصّ والالتفات إلى روحه ومدلوله على وجه لا يخلّ بالمعنى الذي يلوح من

---

[1] - الحجوي محمد بن الحسن، الفكر السّامي في تاريخ الفقه الإسلامي، اعتنى به: هيثم خليفة طعيمي،2/ 709.

الظّاهر، فهي بذلك تساعد على تنزيل مقاصد التّشريع على كلّ الوقائع المستجدّة، والنّوازل التي تقتضي أحكاماً استثنائيّة وفقاً لاعتبار مصلحة المكلّف واختيار الحكم المناسب لحاله وظروفه في حدود الضّوابط الشّرعية[1].

ب-قاعدة الأعذار والظّروف الطّارئة:

يقول ابن تيمية:(ويجب على المضطرّ أن يأكل ويشرب ما يقيم به نفسه، فمن اضطرّ إلى الميتة أو الماء النّجس فلم يشرب ولم يأكل حتّى مات دخل النّار)[2].

ويقول العزّ بن عبد السّلام:(وكذلك لو اضطرّ إلى أكل النّجاسات وجب عليه أكلها، لأنّ مفسدة فوات النّفس والأعضاء أعظم من مفسدة أكل النّجاسات)[3].

ويقول الشّاطبي: (إنّ محالّ الاضطرار مغتفرة في الشّرع أعني: إنّ إقامة الضّرورة معتبرة وما يطرأ عليه من عارضات المفاسد مغتفرة في جنب المصلحة المجتلبة، كما اغتفرت مفاسد أكل الميتة والدّم ولحم الخنزير وأشباه ذلك في جنب الضّرورة لإحياء النّفس المضطرّة، وكذلك النّطق بكلمة الكفر، أو الكذب حفظاً للنّفس أو المال حالة الإكراه)[4].

فتبيّن لنا أنّ الإسلام أجاز هذه المحرّمات للضّرورة الحاصلة، فالوقوع في المحظور، وتناول ما كانت مفسدته قطعيّة وغالبة على مصلحته في الحالات الاعتياديّة أولى من عدمه، لأنّه وإن كان مفسدة في ذاته إلاّ أنّه يحقّق في مثل

---

[1] – نور الدين الخادمي، أبحاث في مقاصد الشّريعة، ص27.

[2] – ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 21ص80.

[3] – العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، تحقيق: عبد اللطيف حسن، 1/66.

[4] – الشاطبي، الموافقات، تحقيق: عبد الله دراز، 1/243.

تلك الحالات مصلحة تربو عن مفسدته، فيكون هذا التّرجيح تأصيلاً لقاعدة ما جرى به العمل لمشابهتها في جلب المصلحة ودرء المفسدة، ويدلّنا على أنّها قاعدة جارية على مقتضى الاستدلال الصّحيح.

ج- قاعدة التّخفيف والتّيسير:

من سمات الشّريعة الإسلاميّة التّيسير ورفع الحرج عن المكلّفين، وهو من قواعدها الكبرى، وأولويّاتها العظمى.

يقول الشّاطبي:(كلّ أمر شاق جعل الشّارع فيه للمكلّف مخرجاً فقصد الشّارع بذلك المخرج أن يتحرّاه المكلّف إن شاء كما جاء في الرّخص الشّرعيّة المخرج من المشاق فإذا توقّى المكلّف الخروج من ذلك على الوجه الذي شرع له، كان ممتثلاً لأمر الشّارع، آخذاً بالحزم في أمره، وإن لم يفعل ذلك وقع في محضورين، أحدهما: مخالفته لقصد الشّارع سواء كانت تلك المخالفة في واجب أم مندوب أم مباح.

والثّاني: سدّ أبواب التّيسير عليه وفقد المخرج عن ذلك الأمر الشّاق الذي طلب الخروج عنه بما لم يشرع)[1] .

يقول القرضاوي:(وإذا كان التيسير مطلوباً دائماً كما أمرنا الرّسول ﷺ فهو ألزم ما يطلب في عصرنا هذا، نظراً لرقّة الدّين في أنفس الكثيرين وغلبة النّزغات المادّيّة، وتأثر المسلمين بغيرهم من الأمم)[2] .

ويظهر ممّا سبق أنّ التّخفيف من القواعد الكلية في الشّرع، وملمح ما

---

[1] – الشاطبي، الموافقات، تحقيق: عبد الله دراز، 1/243.

[2] – يوسف القرضاوي، تيسير الفقه للمسلم المعاصر في ضوء الكتاب والسنّة، ص31.

جرى به العمل ينزع في كثير من صوره إلى هذه القاعدة الكلية فتعتبر من جملة مسوّغاته، وأنّه يصار إليه بشرط اعتبار النّصوص والمقاصد والضّوابط.

د- اعتبار المآل في الاجتهاد:

ومعناه النّظر فيما يمكن أن تؤول إليه الأفعال والتّصرّفات والتّكاليف موضوع الاجتهاد والإفتاء والتّوجيه، وإدخال ذلك في الحسبان عند الحكم والفتوى[1].

وهي عبارة ترد في كلام الفقهاء ومدوّناتهم، ومنهم فقهاء المذهب المالكي فقد جعلوها أصلاً دينيّاً ومصدراً اجتهاديّاً يرجع إليه في استنباط الأحكام والتّرجيح بينها، يقول الشّاطبي: (النّظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً...وذلك أنّ المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصّادرة عن المكلّفين بالإقدام أو الإحجام إلاّ بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل فقد يكون مشروعاً لمصلحة فيه تستجلب، أو مفسدة فيه تدرأ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد فيه، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو مصلحة تندفع به، ولكن له مآل على خلاف ذلك، فإذا أطلق القول في الأوّل بالمشروعيّة فربّما أدّى استجلاب المصلحة فيه إلى مفسدة تساوي المصلحة أو تزيد عليها، فيكون هذا مانعاً من إطلاق القول بالمشروعيّة، وكذلك إذا أطلق القول في الثّاني بعدم المشروعيّة ربّما أدّى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوي أو تزيد، فلا يصحّ إطلاق القول بعدم المشروعيّة، وهو مجال للمجتهد صعب المورد إلاّ أنّه عذب المذاق، محمود الغبّ جار على مقاصد الشّريعة)[2].

[1] – زايدي عبد الرحمن، الاجتهاد بتحقيق المناط وسلطانه، ص234.

[2] – الشاطبي، الموافقات، 4/195.

وقد ردّ –رحمه الله– على من يهمل هذه القاعدة بحجّة أنّ عليه العمل وليس عليه النّتيجة، فقال:(لا يقال إنّه قد مرّ في كتاب الأحكام أنّ المسبّبات لا يلزم الالتفات إليها عند الدّخول في الأسباب، لأنّا نقول: وتقدّم أيضاً أنّه لابدّ من اعتبار المسببات في الأسباب...وقد تقدّم أنّ الشّارع قاصد للمسبّبات في الأسباب، وإذا ثبت ذلك لم يكن للمجتهد بدّ من اعتبار المسبّب، وهو مآل السّبب)[1].

هـ- قاعدة مراعاة الخلاف:

ومعنى هذه القاعدة أنّها إعمال المجتهد لدليل خصمه المخالف في لازم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليل آخر[2].

أي أنّ المجتهد أعمل دليله في نقيض المدلول، وأعمل دليل المخالف في لازم ذلك النّقيض

وقد عبّر بعض المالكيّة عن قاعدة مراعاة الخلاف بقولهم: (إنّ إعمالها من جملة الورع المندوب، وهي من المرجّحات التي يرجّح بها في حال تعارض الأدلّة عندهم، ومثال ذلك: الماء الذي استعمل في طهارة حدث أو اغتسالات مندوبة، أو خالطته نجاسة ولم تُغيّر

ومن أوصافه، فأنّه طاهر إلاّ أنّهم حكموا عليه بالكراهة مراعاةً لخلاف أصبغ والشّافعي اللّذين يقولا بعدم الطّهوريّة)[3].

وقد مثّلوا لذلك بأمثلة كثيرة نذكر منها هذا المثال التّوضيحي لمعنى

[1] – الشاطبي، الموافقات، 4/195.

[2] – أحمد شقرون، مراعاة الخلاف عند المالكيّة، ص94- 95.

[3] – المصدر نفسه.

القاعدة وهو: حكم التّسليمتين في الصّلاة، فعند المالكيّة أنّ: المشهور تسليمة واحدة يخرج بها المصلّي من الصّلاة، وقيل بأنّه: لابدّ من تسليمتين وسبب الخلاف: هل كان ﷺ يقتصر عن تسليمة واحدة أو تسليمتين، والذي رأى مالك العمل عليه الاقتصار على واحدة، ولكن قد علمت أن من الورع مراعاة الخلاف فالأولى الإتيان بالتّسليمتين [1].

ويكون مفهوم مراعاة الخلاف من النّاحية التّطبيقيّة للمجتهد أنّه إن أوقع المكلّف فعلاً منهياً عنه في نظر مجتهد، فإمّا أن يرتّب عليه آثار النّهي من فسخ وإبطال، الأمر الذي يؤدّي إلى مفسدة أعظم من مفسدة المنهيّ عنه، أو يجد له مخرجاً يوافق مقصد الشّارع وذلك بإعمال دليل مخالفة أو بعض ما يقتضيه ذلك الدّليل، لدرء مفسدة متوقّعة وجلب مصلحة محقّقة[2]، ويكون هذا التّرجيح من جنس إعمال دليل ما جرى به العمل فهو من مسوّغاته.

هذه بعض القواعد التي اشتهر القول بها في المذهب المالكي وظهر لي أنّ فيها تأصيلاً لقاعدة ما جرى به العمل، وهي تختلف من حيث القرب والبعد، ومن حيث الظّهور والخفاء، والتّصريح والإشارة إلى المقصود، والله أعلى وأعلم.

الفرع الرّابع: نشأة اعتبار ما جرى به العمل في تاريخ الفقه المالكي.

لا شكّ أنّ الثّراء الفقهي والمقاصدي للمذهب المالكي كان له أثر كبير في ظهور هذا النّوع من الاستدلال والتّرجيح في المسائل الفقهيّة فهو يعتبر امتداداً لطبيعة النّظر الفقهي والتّجديد التّشريعي.

---

[1] – أحمد شقرون، مراعاة الخلاف عند المالكيّة، ص94- 95.

[2] – المصدر نفسه.

وقد ظهرت بواكير اعتبار ما جرى به العمل كمنحى استدلالي حينما وصل المذهب المالكي إلى بلاد الأندلس والمغرب، وأصبح القضاء والحكم على وفق ما هو مشهور في المذهب، ثمّ نضجت تلك الفكرة واستوت على سوقها على يد الفقهاء المالكيين في تلك الدّيار، فبعدما تشبّع أولئك الفقهاء بثقافة المذهب الموسوعيّة، وتمرّنهم على وجوه استدلاليّة مرنة أملتها عليهم التحوّلات المعيشيّة، والتّطورات الحياتية وما نتج عن ذلك من متغيّرات ومستجدّات، فتمخّض اجتهادهم على استنتاج وجوه كثيرة من الاستدلال خلال تنزيل الفتاوى والأحكام على الوقائع، وإن كان في ظاهرها خروج عن مقتضى المشهور، أو العمل بما ضعف مدركه، ويشهد لذلك فتوى فقيه الأندلس يحيى ابن يحيى الأندلسي ت234هـ للأمير عبد الرّحمان حينما استفتاه في مسألة حصلت له ذلك أنّه وقع على جارية له في يوم رمضان فأفتاه الفقيه الأندلسي بأن يصوم شهرين متتابعين، ولم يخيّره بين الإطعام والعتق فلمّا سأله أصحابه قال معلّلاً عدوله عن المشهور الرّاجح في المسألة بقوله:(لو فتحنا للأمير هذا الباب وطئ كلّ يوم وأعتق فحمل على الأصعب عليه لئلاّ يعود)[1].

فيظهر من فتواه إعمال لقاعدة سدّ الذّرائع حتّى لا يجرئ من في قلبه مرض على حدود الشّريعة، ولأجل ذلك ندب أهل الفتوى ضرورة التّغليظ فيها للحاجة، وهذا الصّنيع له أصل في فعل الصّحابي الجليل حبر الأمّة عبد الله ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

قال إبراهيم اللّقاني: (للمفتي أن يغلظ في الجواب للزّجر والتّهديد إن احتاج

---

[1] - القاضي عياض ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، 3/388.

إلى ذلك وأن يستعمل التّأويل في محلّ الحاجة كما إذا سأله من له عبد عن قتله له وخشي منه المفتي أن يقتله، فليقل له إن قتلته قتلناك متأوّلاً له على قوله ﷺ: (من قتل عبده قتلناه)[1]، وقد سئل ابن عبّاس عن توبة القاتل فقال:"لا توبة له"، وسأله آخر فقال:"له توبة"، ثمّ قال:"رأيت في عينيّ الأوّل إرادة القتل فمنعته، ورأيت الثّاني قد قتل وجاء يطلب المخرج فلم أقنّطه"[2].

وبالرّغم ممّا في فتوى يحيى بن يحيى اللّيثي من مقال فالذي يهمّنا هو ظهور البعد المقاصدي للقول بما جرى به العمل الذي أملاه التّفاعل المباشر والقوي بالبيئة والمحيط والتّشبّع بفقه الواقع والاضطلاع بمقاصد الشّارع.

ثمّ صار القول بما جرى به العمل جارياً في القرن الرّابع الهجري فقد ثبت أنّ ابن لبابة القرطبي (ت314هـ) كان يفتي بعدم اشتراط الخلطة في اليمين جرياً على عمل بلده، كما أنّ القاضي منذر بن سعيد البلوطي (ت355هـ) كان يقضي بمذهب مالك والعمل الجاري في بلده إذا تصدّر للحكومة مع نزعته الظّاهرية، وفي القرن الخامس الهجري نجد أنّ العمل صار له ذيوع وصيت فجرى على ألسنة الفقهاء وفي مصنّفاتهم؛ ككتب أبي الوليد الباجي (ت474هـ)، وابن عات (ت528هـ)، وابن سهل (ت486هـ)، وابن عاصم (ت829هـ)، وهي شواهد تدلّ على استرسال القول بما جرى به العمل واعتباره في الفتاوى والأحكام، ويبدو أنّ الفقهاء في المغرب الإسلامي اقتنعوا بكونه قاعدة يعمل بها في مواطنها

---

[1] – أبو داوود، كتاب الديات، باب من قتل عبده قتلناه، رقم4515، والنّسائي، كتاب القسامة، باب القود بين الأحرار والمماليك في النّفس، 8/20– 21.

[2] – الأثر في تفسير ابن كثير الآية ﴿ومن يقتل مؤمنا متعمّداً﴾ النساء 92، منار أصول الفتوى للقاني، ص261.

وفقاً لمقتضياتها، فقد ألّف أبو العباس أحمد بن القاضي (ت1025هـ) كتاب "نيل الأمل فيما بين الأئمّة جرى العمل"، وألّف العربي الفاسي (ت1052هـ) رسالة: "فيما جرى به العمل من شهادة اللّفيف"، ونظم عبد الرّحمان الفاسي نحو ثلاثمائة مسألة ممّا جرى به العمل في فاس[1].

الفرع الخامس: ضوابط اعتبار ما جرى به العمل في المذهب المالكي.

الأخذ بدليل ما جرى به العمل في المذهب أحد مميّزاته وخصائصه الاستدلاليّة كما تقدّم ولاعتباره والقول به شروط وضوابط، منها ما يتعلّق بصفة القائم بإجراء الدّليل وهو المجتهد، ومنها ما هو متعلّق بصفة الدّليل، وما له تعلّق بشروط الدّليل وخصائصه؛ وبيان ذلك فيما يلي:

1-صفة القائم بإجراء الدّليل عند إعمال ما جرى به العمل:

ما جرى به العمل ليست عملية يسيرة، بل هي عمليّة اجتهاديّة معقّدة تحتاج إلى اطّلاع واسع بمآخذ الأدلّة ومواطن الاتّفاق ومحال الخلاف وأسس الاستنباط والإدراك الواسع بنصوص المذهب ورواياته وأقواله وآراء واجتهاد المتسبين إليه وهي صفات لا تجتمع إلاّ في من بوّأه الله منزلة الاجتهاد.

قال الشّاطبي(ت790هـ): (مراعاة الأقوال الضّعيفة أو غيرها شأن المجتهدين من الفقهاء... فحسبنا فهم أقوال العلماء والفتيا بالمشهور منها، وليتنا ننجو من ذلك رأساً برأس لا لنا ولا علينا)[2].

وعليه فالأخذ بما جرى به العمل يشترط فيه:

---

[1] - الحجوي، الفكر السامي، 710/2. وعمر الجيدي، العرف والعمل، ص243.

[2] - الشاطبي، الموافقات، 73/4.

أ- معرفة مواطن الإجماع ومحال الاتّفاق ومواطن الخلاف: فقد اتّفقت كلمة المجتهدين في أنّ من لم يعرف الخلاف فإنّه بمنأى عن معرفة وإدراك الفقه، فضلاً عن أن يكون مفتياً أو قاضياً، ومن باب أولى ألاّ يكون ممّن يعمل قاعدة الأخذ بالأولى لما فيها من تقديم قول ضعيف أو شاذ عن الرّاجح المشهور، والمقصود بالخلاف معرفة مواقع الخلاف، لا حفظ مجرّد الخلاف، ومعرفة ذلك إنّما تحصل بما تقدّم من النّظر فلابدّ منه لكلّ مجتهد، وكثيراً ما تجد هذا للمحقّقين في النّظر كالمازري وغيره [1].

ب-الإحاطة بمقاصد الشّريعة وإدراكها: وهو من الشّروط الأساسية في القائم بإجراء العمل فالمجتهد في فتواه عليه أن ينظر في مآلات الأفعال وعوائد وسلوكات النّاس، وواقع معاشهم وحياتهم، وبناء على ذلك يتم بناء الفتوى وتنزيلها فيرمي إلى تحقيق مصلحة المكلّف وفق مقاصد الشّريعة والمتمثّلة في (المعاني والحكم الملحوظة للشّرع في جميع أحوال التّشريع أو معظمها بحيث لا يختصّ ملاحظتها بالكون في نوع واحد من أحكام الشّريعة، وغايتها العامة، والمعاني التي لا يخلو التّشريع عن ملاحظتها، ويدخل أيضاً معان من الحكم ليست ملحوظة في سائر أنواع الأحكام ولكنّها ملحوظة في أنواع كثيرة منها) [2].

قال الشّاطبي:(كلّ أمر شاق جعل الشّارع فيه للمكلّف مخرجاً فقصد الشّارع بذلك المخرج أن يتحدّاه المكلّف إن شاء كما جاء في الرّخص شرعية

---

[1] - الشاطبي، الموافقات، 73/4.

[2] - ابن عاشور، مقاصد الشريع الإسلاميّة، ص51.

المخرج من المشاق، فإذا توخّى المكلّف الخروج من ذلك على الوجه الذي شرع له، كان ممتثلاً لأمر الشّارع، آخذاً بالحزم في أمره، وإن لم يفعل ذلك وقع في محظورين: أحدهما: مخالفته لقصد الشّارع، كانت تلك المخالفة في واجب أو مندوب أو مباح، والثّاني: سدّ أبواب التّيسير عليه وفقد المخرج عن ذلك الأمر الشّاق الذي طلب الخروج منه بما لم يشرع له)[1].

وعليه فالنّظر عند إجراء العمل متفرّع عن الإمعان في مصلحة المكلّف إبتداءً، فقد يكون للمسألة دليل نهي راجح وآخر مرجوح والعمل بالرّاجح فيه حرج على المكلّف ولا يحقّق المصلحة وعند إعمال الدّليل المرجح تكون المصلحة محقّقة ودافعة للمفسدة، فيلجأ المجتهد إلى الدّليل المرجوح لاحتفاف جانبه بقرائن فاقت قوّة دليليّة الرّاجح فصار المرجوح راجحاً، قال العزّ بن عبد السّلام (ت660هـ): (قلنا: إذا خفيت المصلحة الخالصة أو الرّاجحة، كان خفاؤها عذراً مجوّزاً للاقتصار على المرجوحة...)[2].

2-صفة الدّليل الذي لأجله وقع إعمال ما جرى به العمل:

فيجب أن يكون العدول من الرّاجح إلى المرجوح له ما يسوّغه ويدعو إليه من ذلك الحاجة والضّرورة وتحقيق مصلحة المكلّف وإلاّ كان ضرباً من ضروب التّشهّي والخروج عن المنهجيّة العلميّة الصّحيحة في الاستدلال والاجتهاد.

قال الحجوي:(إذا كان القاضي يحكم بالضّعيف لدفع مفسدة، أو خوف

---

1 - الشاطبي، الموافقات، 1/284.

2 - العز بن عبد السلام، القواعد، 2/195.

فتنة أو نوع من المصلحة فالإمام أولى لأنّ القاضي إنّما هو نائبه لكن لا ينبغي التّرخيص في ذلك إلاّ عند التّحقيق بمصلحة عامة لا خاصة إبقاءً لهيبة الشّرع الأسمى، مثلاً الحنفيّة لا يجوّزون القياس في الحدود وقد دعت ضرورة الوقت لسنّ زواجر من ضرب وحبس لمن فعل جرائم غير مذكورة في الكتاب والسّنّة كتأديب وال ارتشى، أو عامل اختلس مال الدّولة، أو نحو هذا فلا بأس بالحنفي أن يقلّد مالكيّاً يرى أنّ الإمام يعزّر لمعصيته الله أو آدمي بأنواع التّعازير...)[1].

ويقول أيضاً في معرض كلامه عن مسوّغات الأخذ بما جرى به العمل: (... وهذا كلّه قد دعت الضّرورة أو الحاجة إليه وإلاّ فلا يجوز الإفتاء ولا القضاء إلاّ بالمشهور أو الرّاجح إلاّ لضرورة كما سبق نعم عند تحقّق الضّرورة أو المصلحة تعيّنت الفتوى بقول ولو ضعيفاً، ولأجل الضّرورة تذكر الأقوال الضّعيفة...)[2].

3-شروط دليل ما جرى به العمل وخصائصه:

تقدّم أنّ ما جرى به العمل مطلوب عند الحاجة والضّرورة، وأنّه لا يتنافى مع ما انعقد عليه الإجماع أو قواعد الشّريعة ومقاصدها وأنّ العمل به وإن استند لقول ضعيف أو مرجوح أو شاذّ فليس معناه تقديمه على القول المشهور والرّاجح؛ وإنّما المصلحة التي لأجلها وقع التّرجيح من المجتهد هي التي أكسبت القول قوّة ورجحاناً، وقد تقدّم لنا أيضاً أنّ المسألة في أصلها لا

---

[1] – الحجوي، الفكر السامي، 2/719.

[2] – المصدر نفسه.

تعدو أن تكون استثناءً ورخصةً لها محلّها وقدرها، تنتهي بانتهاء الغرض ولا تكون المصلحة معارضة لأصول الدّين وقواعد التّشريع.

يقول الدكتور الجيدي: (اتّفق الفقهاء على أنّه لكي يصبح للعمل قوّة النّفوذ والاعتبار لابدّ فيه من توفّر الأركان الآتية:

* أن يكون العمل المذكور صدر ممّن يقتدى به في الأحكام.
* أن يثبت بشهادة العدول المثبتين في المسائل الفقهيّة.
* أن يكون جارياً على مقتضى قواعد الشّرع وإن كان شاذّاً)[1].

الفرع السّادس: مسائل في الفقه المالكي مبنيّة على قاعدة ما جرى به العمل.

هذا المبحث مخصّص لذكر جملة من الأحكام الفقهيّة المعلّلة بقاعدة ما جرى به العمل في الفقه المالكي لاختصاصه بهذه القاعدة، وحسبنا هنا أن نشير لنماذج منها مع بيان وجه العمل بملمح ما جرى به العمل، وذلك لشحذ همم الباحثين للاستزادة من التّأصيل والتّفريع لهذه القاعدة الاستدلاليّة.

وتجدر الإشارة هنا أنّ إعمال دليل ما جرى به العمل أكثر جريانه يكون في باب المعاملات باعتبارها معلّلة بالحكم والمصالح، وباعتبارها أيضاً مجالاً رحباً للتّقصيد والتّعليل، ومن هذه المسائل:

المسألة الأولى: بيع الصّفقة.

وهو أن تكون الدّار مثلاً أو غيرها ملكاً مشاعاً بين شخصين أو أكثر، فيعمد أحد الشّركاء إلى ذلك الملك فيبيعه جميعاً، فيكون لشريكه أو شركائه

---

1 – عمر الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي، ص352.

الخيار في أن يوافقوا على البيع فيتمّوه للمشتري أو أن يضمّوه لأنفسهم ويدفعون للبائع ثمن حصّته، هذا ما جرى به العمل وهو مخالف للنّصوص من جهة أنّ ذلك-أي البيع- متوقّف على شروط ربّما أنكرها أو بعضها الشّريك المبيع عليه أو الشّركاء المبيع عليهم، فيحتاج البائع إلى إثباتها -كأن يوكّلوه على البيع أو يوافقوه قبل البيع على أن يبيع هذا الملك المشاع- وشأن الإثبات أن يكون عند القضاة، ولكن جرى العمل بعدم الرّفع إليهم، والبيع بهذه الصّفة مخالف للنّصوص وظاهر المذهب يقتضي منعه كما صرّح بذلك الونشريسي وغيره[1].

وقد وقع اختلاف كبير بين الشّيوخ في هذا البيع فمنهم من أجازه بهذه الصّفة وهو الذي جرى به العمل ومنهم من منعه جرياً على ما تقتضيه نصوص الفقه[2].

المسألة الثّانية: الرّدّ بالعيب في الدّواب.

المعروف عند الفقهاء أنّ من اشترى مبيعاً ووجد به عيباً له الرّجوع على البائع سواء تمّ ذلك-أي العيب- داخل الشّهر أو بعده وسواء كان هذا المبيع من الدّواب أو غيرها؛ غير أنّ الذي جرى به العمل لدى المتأخّرين من الفقهاء أنّ الدّواب لا يردّها المشتري بالعيب إذا قام ذلك العيب بعد شهر من يوم الشّراء، وأمّا قبل انتهاء الشّهر فله إرجاعه وردّه، وذلك مراعاةً لمصلحة

---

1 - الونشريسي، المعيار المعرب،5/ 124.

2 - الجيدي، العرف والعمل، ص250.

العامة[1].

المسألة الثّالثة: جرى العمل عند أهل فاس بأنّه إذا وقع في النّكاح بين ولي الزّوجة والزّوج اتّفاق، وظهر القبول من كليهما وانقطع الوعد بينهما لضرب الصّداق وعقده فإنّ ذلك كلّه ينزل منزلة الدّخول بهذه الزّوجة فيترتّب عليه من الأحكام ما يترتّب بالدّخول من إرث وغيره[2].

المسألة الرّابعة: وجرى العمل بأنّ من حلف بالحرام ولم ينوه الثّلاث ولا لفظ الثّلاث يلزمه طلقة بائنة لا غير قبل الدّخول أو بعده، لأنّ العرف قاض به عندهم، والعرف متّبع محكوم به في هذه النّازلة في كلّ إقليم[3].

المسألة الخامسة: وجرى العمل بتأبيد تحريم المرأة على الذي أفسدها على زوجها حتّى نشزت وطلّقها زوجها، فيعامل هذا المفسد بنقيض قصده، فلا يحلّ له التّزوّج بها أبداً، كما يتأبّد تحريم المرأة المتزوّجة على الهارب بها، وهذا على أصل المالكيّة في المعاملة بنقيض القصد، قال ابن منجور (ت995هـ): (قاعدة: من أصول المالكيّة المعاملة بنقيض المقصود الفاسد كحرمان القاتل من الميراث، وتوريث المبتوتة في المرض المخوف...)[4].

[1] – ابن عبد الرفيع، معين الحكام على القضايا والأحكام، تحقيق: محمد بن قاسم بن عباد، 157/1.

[2] – عمر الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي، ص454.

[3] – ابن منجور أحمد بن علي، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، دراسة وتحقيق: محمد الشيخ محمّد الأمين الشنقيطي، ص483.

[4] – المصدر نفسه.

المسألة السّادسة: وجرى العمل بصحّة اشتراط الزّوج الذي خالع زوجته بأن تنفق من مالها على أولاده لمدّة زائدة على مدّة الرّضاع التي هي حولين مع مخالفته للمشهور في المذهب المالكي[1].

هذه بعض المسائل التي مثّل بها الفقهاء لتخريج الفتاوى على دليل ما جرى به العمل في الفقه المالكي، وهي تشترك في كونها مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بحياة النّاس وأحوالهم وعوائدهم وظروفهم وسلوكاتهم، وما تعارفوا عليه، فيظهر من ذلك كلّه أنّ إعمال ملمح ما جرى به العمل هو عين تحقيق المصلحة الرّاجحة ودرء المفسدة المتوقّعة.

1 – اللقاني، منار أصول الفتوى وقواعد الإفتاء بالأقوى، ص272.

المبحث الرّابع
المدارك المقاصديّة في المذهب المالكي

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأوّل: التّعليل بالقواعد المقاصدية.

المطلب الثّاني: تطوّر التّعليل بالقواعد المقاصدية في المذهب المالكي.

المطلب الثّالث: قاعدة العمل بالأولى في المذهب المالكي

المطلب الأوّل: التعليل بالقواعد المقاصدية

الفرع الأوّل: تعريف التّعليل ومذاهب العلماء في الأخذ به.

أوّلاً: التّعليل في اللّغة:

التّعليل في أصل اللّغة: من عل واعتل، وبالنّظر في معاجم اللّغة نجد أنّ العلّة تطلق على ثلاثة أمور[1]:

1-العلّ والعلل، سميت الشّربة الثّانية وقيل: الشرب بعد الشّرب تباعاً وقيل: إذا وردت الإبل الماء فالتقية الأولى النّهل والثّانية العلل، والعلة: الضّرّة: سميت بذلك لأن الذي تزوجها على أولى قد كانت قبلها ثم علّ من هذه.

2-العلّة: المرض، يقال: علّ يعلّ واعتلّ؛ أي مرض وسميت حروف العلة بذلك للينها وموتها.

3-العلة بمعنى السبب: يقال هذا علة لهذا أي سبب له .

وفي الحديث أنّ عائشة رَضِيَٱللَّهُعَنۡهَا قالت: " كان عبد الرحمن يضرب رجلي بعلة الرّاحلة، أي سببها، يظهر أنه يضرب جنب البعير برجله، وإنما يضرب رجلي "[2].

ثانياً: التّعليل في الاصطلاح:

تعدّدت تعريفات الأصوليّين لمصطلح العلة تبعا لاختلاف نظرتهم إليها والتزامهم بمبادئهم التي قامت عليها مذاهبهم، وقد انبثق عن هذا الاختلاف

---

[1]- ابن منظور، لسان العرب، مادّة (علّ)، ج11/ص450.

[2]- صحيح مسلم بشرح النّووي، كتاب الحج، باب بيان وجوه الإحرام و بيان أنه يجوز حج الإفراد والتمتع، رقم1211، ج9/ص318 .

تنوع تعريفات العلة ممّا أعطى ثراءً قيما لهذا المبحث المهم في علم أصول الفقه، وفي ما يلي انتخاب لجملة من التّعريفات المحدّدة لمعاني العلّة في هذا العلم[1]:

أ-العلة هي المعرفة للحكم أي أن العلة معناها العلامة الدالة على الحكم أي إذا وجد المعنى وجد الحكم.

ب-العلة بمعنى الباعث أي المشتملة على حكمة صالحة أن تكون مقصودة للشارع من شرع الحكم.

وليس المعنى أنها باعثة للشارع على ذلك الحكم فهذا بمقتضى النقص و الله سبحانه وتعالى متصف بصفات الكمال والجلال منزه عن كل نقص، بل معناها أنها الباعثة للمكلف على الامتثال، وذلك مثل حفظ النفس فهو باعث على تعاطي فعل القصاص، ومعلوم أن فعل القصاص فعل للمكلف عائد عليه بمصلحة وهي حفظ النفوس.

ج-العلة هي المؤثر في الحكم بجعل الشارع لا لذاته، كما يقول الغزالي بل هي السبب في وضع عبارة عما يحصل الحكم عنده لا به، ولكن هذا يحسن في العلل الشرعية، لأنها لا توجب الحكم لذاتها، بل بإيجاب الله تعالى.

د-العلة ما يجب عند الحكم، وشرطها، أي كون العلة شرطا للحكم في

---

[1]- انظر: الغزالي، المستصفى من علم أصول الفقه، تحقيق: محمد سليمان الأشقر، ص264، والفخر الرازي، المحصول في أصول الفقه، تحقيق: طه جابر العلواني، 127/5. وشرح التّلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، مسعود بن عمر التّفتازاني، 63/2. وضوابط المصلحة في الشّريعة الإسلاميّة، محمّد سعيد البوطي، ص87- 88.

نفس الأمر، تفضل من الله الكريم، لا وجوب عليه كما تقول المعتزلة.

وبعد هذا السّبر المختصر لمعاني العلة عند الأصوليّين يتبيّن لنا أنّه قد وقع شبه إجماع بينهم في أن العلة معرف للحكم اجتنابا لالتزامات المعتزلة الذين يقولون أن العلة مؤثرة بذاتها في الحكم بناء على مذهبهم القائم على التحسين والتقبيح العقليين[1] .

ج-الصّلة بين المعنيين اللّغوي، والاصطلاحي للعلة[2]:

أ-تعريف العلة بمعنى المرض موافق للتعريف الاصطلاحي للعلة من جهة أن العلة تؤثر في الحكم كما تؤثر العلة في المريض فتلزمه الفراش، وقيل أنها ناقلة للحكم من الأصل إلى الفرع كالانتقال بالعلة من الصحة إلى المرض.

ب-وأمّا تعريفها بمعنى العلة المأخوذة من العلل بعد النهل لأن المجتهد يعاود في إخراجها النظر المرة بعد المرة أو لأن الحكم يتكرر بتكرر وجودها.

ج-وأمّا تعريفها بالسبب فجل الأصوليين عرّف السبب بما عرّف به العلّة، فسبب وجود الشيء هو علته،فهناك من الأصوليين من عرّفها بأنّها الباعث أي المشتمل على حكمةٍ مقصودةٍ للشّارع من شرع الحكم، وعرّف السّبب بأنّه مناط الحكم، والتّعليل في اصطلاح أهل المناظرة؛ من علّل الشّيء بمعنى أثبت علّته بالدّليل ويطلق عندهم أيضاً على ما يستدل فيه بالعلّة على المعلول.

---

[1]- الغزالي، المستصفى، 310.

[2]- انظر:منهاج السّنّة النّبوية، ابن تيمية،3/78و86.ومقاصد الشريعة الإسلامية، زياد احميدان، مؤسسة الرسالة، ص 63. والشوكاني، إرشاد الفحول، تحقيق: أبو مصعب البدري، ص351.

وقيل أنّ التّعليل هو انتقال الذّهن من المؤثر إلى الأثر، كانتقال الذّهن من النّار إلى الدّخان، أي إحداث ربطٍ خاصٍّ بين النّار والدّخان ... بخلاف الاستدلال فهو انتقال الذّهن من الأثر إلى المؤثّر أي من الدّخان إلى النّار.

الفرع الثّاني: معنى التّعليل بالقواعد المقاصديّة.

أوّلاً: تعريف القواعد المقاصدية.

تعريف القواعد المقاصدية تعريفاً اصطلاحياً محدّداً مع القصد لذلك تكاد تخلو منه المصنّفات الأولى لعلم المقاصد وأصول الفقه، مع العلم أنّها كانت حاضرة في تعليلاتهم واجتهاداتهم ومناهجهم البحثية، لأنّهم اعتمدوا على مسلكها في نظرهم الفقهي، ولأنّهم لم يكونوا على قدر كبير من الاهتمام بتوضيح التّعريفات ووضع الحدود للمصطلحات، وعليه فإنّ الفضل في تعريف القواعد المقاصدية بالاعتبار المركّب يعود إلى العلماء المعاصرين والباحثين في الحقل المقاصدي، واعتمادهم في ذلك يعود كما ذكرنا إلى كلام العلماء الأوّلين الذين كانت ملامح ذلك التّعريف بادية في كلامهم وتقاسيمه، واجتهادهم ومحالّه، ولذلك نجد الدّكتور الطّاهر بن الأزهر خذيري يقول: "...فبعد النّظر في كتاب الموافقات للشّاطبي-رحمه الله- وإن بتقصير في شرطه، ومراجعة تقييدات ابن عاشور-رحمه الله- في كتابه، تخيّرت لتعريف القاعدة المقصديّة الحدّ الآتي: هي: **القضية الكلّيّة المبيّنة لأصل شرعي أو متعلّقاته؛ على وفق استقراء النّصوص النّقلية والعقلية**"[1].

---

[1]- الطاهر بن الأزهر خذيري، التّعليل بالقواعد، ص65.

وراح يبيّن تقييدات تعريفه على النّحو التّالي[1]:

-القضية الكلّيّة: يعني حكم يشمل ويستغرق جملة كثيرة من الجزئيات التي تنطبق عليها.

-المبيّنة: أي المؤصّلة للأدلّة الشّرعية الكلّيّة لا مجرّد الحكاية والوصف فقط، وإنّما تحمل معنى التّقنين والتّقرير.

-الأصل الشّرعي أو متعلّقاته: المقصود بها كبرى المعاني وأعمقها في التّشريع الإسلامي، والتي ثبت تأصّلها وعمق معناها بملاحظة مبالغة الشّارع في الاهتمام بها، وإنّما حصّلت تلك الملاحظة عن طريق استقراء النّصوص الشّرعية، وتتبّع الفروع وأدلّتها، ومقارنة الجزئيات بالكلّيات؛ للوصول إلى ضوابط تلك المعاني الواسعة الكبرى في الشّريعة، وذلك مثل: أصل اعتبار المآلات، وحلّيّة الطّيّبات، وحرمة الخبائث، ودفع الضّرر، ورفع الحرج، ومبدأ العدالة، ورعاية الحرّيات، ومتعلّقاته أي التّكميلات والمستثنيات وما شاكلها، فالقاعدة المقاصدية تتعلّق بذلك أيضاً.

-على وفق استقراء النّصوص النّقلية والعقلية: وهذا لبيان أنّ القاعدة المقصديّة لا تثبت أساساً وحكماً كلّياً إلاّ بعد استفراغ الجهد في البحث عمّا دلّ على كلّيّتها واتّساع حجمها لأفرادها وآحادها، ولابدّ في هذا الاستقراء من النّظر في نوعي الأدلّة؛ النّقلية منها والعقلية؛ لاستتباب الحسّ العلمي من عملية تتبّع الأدلّة، والوثوق بنتائجها.

وعرّفها عبد الرّحمن الكيلاني بقوله: "هي ما يعبّر به عن معنى عام مستفاد

---

[1]- الطاهر بن الأزهر خذيري، التّعليل بالقواعد، ص66- 67.

من أدلّة الشّريعة المختلف اتّجهت إرادة الشّارع إلى إقامته من خلال ما بني من أحكام"[1].

كما عرّفها عثمان شبير بقوله:"هي قضية كلّية تعبّر عن إرادة الشّارع من تشريع الأحكام وتستفاد عن طريق الاستقراء للأحكام الشّرعية"[2].

وقد عرّفها عبد الجليل الغندور، بقوله:" هي أصل كلّي يشمل على معنى عام مستفاد عن طريق الاستقراء من أدلّة الشّرع المختلفة والغايات التي وضعت الشّريعة لتحقيقها"[3].

وقد بدا لي أنّ مفهوم القواعد المقاصدية يمكن أن يكون على النّحو التّالي: **هي مجموع المبادئ الإجمالية العامة والاستقرائية، المستندة لأدلّة الشّرع النّصّيّة أو الاجتهاديّة، التي تبنى عليها الغايات والأهداف الكبرى للشّريعة الإسلاميّة، وما يتفرّع عنها من توابع ومكمّلات.**

فمسلك التّعليل بالقواعد المقاصديّة غالباً ما يكون في ثنايا تعليل المسائل بحيث إنّ القاعدة ترد معلّلة للمسألة، وفي الغالب نجد الفقهاء يقرنون الفروع الفقهيّة بقواعدها المقاصديّة، النّصّيّة أو الاجتهاديّة، وذلك عند التّوجيه والتّرجيح، ونجد الفقهاء يحفلون بتعليل الفروع بالأصول في معظم المصادر الفقهيّة، وهذه الطّريقة أكثر اطّراداً وانتشاراً في الشّروح والمتون،

1- عبد الرحمن الكيلاني، قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي، ص55.

2- محمد عثمان شبير، القواعد والضوابط الكلية، ص31.

3- الغندور عبد الجليل، القواعد المقاصديّة وأثرها في الاجتهاد الفقهي، مجلّة جمعية الإمام القرافي للدراسة والبحث في المصطلحات والقواعد الشّرعية، العدد1، من ص44/62.

فكلّما تكثّفت الفروع، كثرت وتجلّت تلك القواعد المقاصديّة كونها عللا لتلك الأحكام، وكثيراً ما كانت التّفريعات الفقهية تتّجه نحو استخراج علل الأقيسة وضبطها والتّفريع عليها، وذلك بتطبيق تلك العلل على الفروع المختلفة، وكما هو معروف أنّ مسلك التّعليل بالقواعد مؤسّس على أدلّة واضحة، ومقيّد بضوابط ظاهرة، ولم تكن من كيسهم، ولكنّها نابعة من الأحكام الشّرعية المنصوص عليها في الكتاب والسّنّة أصالة، وكانت مهمّة الفقهاء المجتهدين إبراز هذا المسلك بالاستنباط والاجتهاد[1].

ثانياً: بيان الفرق بين التّعليل بالقواعد المقاصدية والتّعليل الأصولي.

لابدّ لنا أن نشير إلى الفوارق الجوهريّة التي تفصل في المفهوم والحقيقة بين التّعليل باعتبار القواعد المقاصدية، والتّعليل القياسي الأصولي، لأنّه من ضرورات فهم التّعليل بالقواعد المقاصديّة ودلالتها المعرفية والوظيفية إزّاء فهم النّصوص الشّرعية، وذلك في النّقاط التّالية:

1-الدّلالة المعرفية والوظيفيّة للتّعليل بالقواعد المقاصديّة:

بعد تلك الجولة المختصرة في حقل التّعليل من حيث مفهومه اللّغوي والاصطلاحي، وكذا مفهوم القواعد المقاصدية بالاعتبار الفقهي، يجب أنّ نحدّد الدّلالة المعرفية والوظيفية للتّعليل بالقواعد المقاصديّة، وينبع هذا الواجب من المسلّمة التي مقتضاها تناهي النّصوص الشّرعية وتجدّد الوقائع البشريّة التي تحتاج للمخارج الحكمية والفقهية، فتظهر وظيفة القواعد

---

[1]- علي أحمد النّدوي، القواعد المستخلصة من التّحرير للإمام جمال الدّين الحصيري(ت636هـ)، ص113.

المقاصدية في تكميل فهم النّص، وتعدية الحكم به -غير أنّها تعدية تخالف المسلك التّعليلي القياسي- خلال النّظر الاجتهادي، ولذلك كان دأب الفقهاء عامة وفقهاء المالكيّة خصوصاً الاعتماد على القواعد المقاصدية في ترجيح قول أو حكم داخل المذهب أو خارجه.

ويمكن التّمثيل لذلك بالعبارات المتكرّرة عند الفقيه المالكي ابن رشد الجد في كتابه (البيان والتّحصيل)، حين يريد ترجيح وجه من الوجوه التي تحتملها نصوص المدوّنة، أو في بيان ما اختلف من أقوال مالك أو أصحابه، أو ما تعاندت فيه روايات الكتب المالكيّة المعتمدة، وليس هذا صنيعه وحده، بل ذلك ما جرى عليه أكثر علماء المذهب وغيرهم كما سنوضّح إن شاء الله في المسائل الفقهية التي تأتي معنا في محلّها، ويدلّك على ذلك عنوان كتابه: (البيان والتّحصيل والشّرح والتّوجيه والتّعليل في مسائل مستخرجة).

ومن هذا ما ذكره المقّريّ في قواعده في ترجيح قول المالكيّة بتأثير الموت الحكمي وهي من المسائل المشهورة عندهم، قال:"من أئمّة المذهب علّلوا رجحان هذا الرّأي بقاعدة:(الحياة المستعارة كالعدم)[1].

ونجد الإمام القرافي المالكي، وهو يتحدّث عن وجه احتياط الشّرع في الخروج من الحرمة إلى الإباحة أكثر من احتياطه في الخروج من الإباحة إلى الحرمة، فيقول:"لأنّ التّحريم يعتمد المفاسد، فيتعيّن الاحتياط له، فلا يقدم على محلّ فيه المفسدة إلاّ بسبب قويّ يدلّ على زوال تلك المفسدة، أو يعارضها، ويمنع الإباحة ما فيه مفسدة بأيسر الأسباب، دفعاً للمفسدة بحسب

[1]- أبو عبد الله المقّري، القواعد، تحقيق: أحمد بن عبد بن حميد،482/2.

الإمكان...فلهذه القاعدة أوقعنا الطّلاق بالكنايات وإن بعدت... لأنّه خروج من الحلّ فيكفي فيه أدنى سبب،... وجوّزنا البيع بجميع الصيغ والأفعال الدّالة على الرّضا بنقل المالك في العرضين؛ لأنّ الأصل في السّلع الإباحة حتّى تملك، بخلاف النّساء الأصل فيهنّ التّحريم حتّى يعقد عليهنّ بملك أو نكاح...فإذا أحطت بهذه القواعد ظهر لك سبب اختلاف موارد الشّرع في هذه الأحكام وسبب اختلاف العلماء، ونشأت لك الفروق والحكم والتّعاليل"[1].

وقد ذكر يعقوب الباحسين أنّ من معاني التّخريج التّعليل وتوجيه الآراء المنقولة عن الأئمّة وبيان مآخذهم فيها، عن طريق استخراج واستنباط العلّة وإضافة الحكم إليها، بحسب اجتهاد المخرّج[2].

وهو معنى التّعليل بالقواعد المقاصدية ووظيفتها المعرفية والدّلالية، وعليه فالتّعليل بها هو من باب التّعليل المصلحي والمقاصدي، وليس من باب التّعليل القياسي والأصولي، وفي ذلك يقول أستاذنا الدّكتور عبد القادر بن حرزالله: "التّعليل المقاصدي اسم جامع لكلّ أنواع التّعليل التي تعود إلى قواعد المقاصد الشّرعية سواء كانت هذه الأنواع من التّعليل داخلة تحت أصل من الأصول المقاصدية المعروفة كالمصالح المرسلة، والاستحسان، وسدّ الذّرائع، ومنع الحيل، وغيرها أو لم تدخل تحت أصل من هذه الأصول، إذ كلّ من هذه الأصول هي مجرّد فروع لأصل التّعليل المقاصدي للأحكام أو

---

[1]- القرافي، الفروق، 3/ 145.

[2]- عبد الوهاب يعقوب الباحسين، التّخريج عند الفقهاء والأصوليّين، ص12.

تطبيقات خاصة له"[1].

وعليه فالدّلالة الوظيفية لمسلك التّعليل باعتبار القواعد المقاصدية تتلخّص في:

"الكشف عن المدرك المصلحي، أو القرينة المقصديّة، أو المقتضى الدّلالي الذي اتّخذه الفقيه أو المجتهد معياراً لترجيح حكم مسألة ما".

2-أوجه التّباين بين التّعليل بالقواعد المقاصديّة والتّعليل بالمعنى الأصولي.

إذا كان معنى التّعليل بالقواعد المقاصدية يحمل معنى بيان المدرك الذي استند إليه الفقيه في الاجتهاد والفتوى، فإنّه يختلف عن التّعليل القياسي الأصولي، ويمكن تلخيص تلك الفروق في النّقاط التّالية[2]:

1-العلّة القياسية هي الطّرق التي تثبت بها علّية حكم الأصل في القضايا القياسية، وأمّا التّعليل بالقواعد فهو اختيار قول في مسألة فرعية بناءً على وجود قاعدة مقاصديّة تشهد لوجاهة هذا القول.

2-أنّ التّعليل بالمعنى الأصولي هو معنى اصطلاحي له مفهومه الخاص الذي يتأسّس على مضمون العلّة في اصطلاح الأصوليّين، أمّا التّعليل بالقواعد المقاصديّة فهو المعنى اللّغوي العام الذي هو ذكر السّبب، أو بيان المدرك، أو توضيح المسوّغ المستند عليه، فيكون التّعليل بالقواعد المقاصدية بناءً على ذلك أعم وأشمل وأوعب من التّعليل القياسي الأصولي.

1- عبد القادر بن حرزالله، التّعليل المقاصدي، ص29.

2- ينظر في الفرق الأول والثّاني والثّالث إلى: الطّاهر بن الأزهر خذيري، التّعليل بالقواعد، ص97- 98، وأمّا الفرق الرّابع والخامس فهو محض نظر واجتهاد منّا ونسأل الله التّوفيق.

3-أنّ الفقهاء في دراسة المسائل الفقهية والاستدلال عليها تجدهم يستدلّون بالدّليل من الكتاب ثمّ من السّنّة ثمّ من أقوال الصّحابة، ثمّ من الدّليل المعقول والقواعد العامة، وعليه فالتّفريق بين التّعليل بالقواعد العامة هو تعليل لا يقع في نفس المرتبة مع التّعليل القياسي في طريقة الاستدلال عند المجتهدين والفقهاء، وهو دليل عملي في بيان الفرق بين التّعليلين.

4-أنّ التّعليل بالمعنى القياسي الأصولي يختلف في دلالته الوظيفية عن التّعليل بالقواعد المقاصدية، إذ إنّ الأوّل وظيفته بيان علل الأحكام الشّرعية وكيفية استنباطها، وطريقة تعديتها عن محالّها بالاجتهاد بتحقيق المناط العام أو الخاص، وهو ما يعرف عند الأصوليين بمسالك العلّة، وأمّا التّعليل بالقواعد المقاصدية فدلالته الوظيفيّة تتمثّل في بيان أنّ الأحكام الشّرعية إنّما وضعت لأجل تحقيق المصالح للعباد في العاجل والآجل، أي معلّلة برعاية المصالح.

5-أنّ التّعليل القياسي الأصولي يهتمّ بدراسة الأصول والأدلّة من حيث الحجّيّة، والتّوظيف المنهجي لها في الوصول إلى حكم المسائل الفقهية، وأمّا التّعليل بالقواعد المقاصدية فلا علاقة له بتأصيل الأدلّة أو الأصول، وإنّما تلك الأصول والأدلّة تعتبر كلّيات للقواعد المقاصديّة، وهذه الأخيرة متفرّعة عنها.

الفرع الثّالث: أمثلة تطبيقية في المذهب المالكي على اعتبار القواعد المقاصدية.

إذا أردنا أن نتحدّث عن أمثلة تطبيقية في الفقه المالكي على تفعيل القواعد المقاصديّة في التّعليل الفقهي، والاستدلال النّظري سوف يضيق علينا المقام لأنّها لا تعدّ ولا تحصر لكثرتها وتشتّتها في بطون الكتب الفقهية، والمتتبّع لموارد تلك الفروع الفقهية المالكية يجدها تأوي إلى أصول كلّيّة، وذلك كما يلي:

أوّلاً: اعتبار القصود والنّوايا في التّصرّفات:

فالمذهب المالكي يعتبر القصود، خلافاً للشّافعية، ولا يكتفي بالنّظر إلى ظاهر التّصرّف والعقد ليقول بصحّتها أو بطلانها، بل ينظر إلى القصد والباعث والغرض المستتر وراء إنشاء التّصرّف والعقد، وهذا واضح من الأحكام المقرّرة في الفقه المالكي، ومن بين الأمثلة المعلّلة بهذه القاعدة المقاصديّة[1]:

- بيوع الآجال فقد قضى المالكيّة ببطلانها رغم صحّة العقد ظاهراً، ومثال هذه البيوع كمن يبيع سلعة بعشرة نسيئة ويعود ويشتريها من مبتاعها بخمسة نقداً، فظاهر البيع أنّه عقد وقع مستوفياً لأركانه وشروطه، لكن باطن هذا أو حقيقته أنّه عبارة عن قرض بزيادة مقابل الأجل، وهو ربا نسيئة، لذلك أبطله المالكيّة دون غيرهم من بعض المذاهب كالشّافعية[2].

---

[1]- عبد الكريم زيدان، بحوث فقهية، ص258.

[2]- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 2/117.

- طلاق المريض مرض الموت يقع صحيحاً، وترثه زوجته في العدّة وبعدها تزوّجت أو لم تتزوّج، وذلك لأنّ المطلّق قصد حرمانها من الميراث بهذا الطّلاق، بذلك قضى المالكيّة مراعاةً لاعتبار القصد السيئ للمطلّق، وخالف في ذلك الشّافعية، والظّاهرية فقالوا لا ترث بالظّاهر تجنّباً للنّوايا والقصود[1].

ثانياً: التيسير في حدّ الغرر الذي يبطل البيع:

إنّ النّبيّ ﷺ نهى عن كثير من البيوع لما تتضمّنه من غرر مراعاة لحقوق المتبايعين لكن هناك بعض البيوع لا يمكن التّجرّد النّهائي فيها من الغرر، هذه البيوع أجازها أئمّة الفقه المالكي تيسيراً على النّاس ومراعاةً لحالهم ولتعذّر التّخلّص من ذلك الضّرر، ومن بين تلك الفروع الفقهية:

- جواز بيع المقاثي والمغيّبات في الأرض مثل الجزر واللّفت في المذهب المالكي، وقد خالفه البعض في ذلك احتجاجاً بالضّرر الذي يتضمّنه هذا البيع، وقد ركن ابن تيمية إلى رأي الإمام مالك في هذه المسائل استناداً إلى أنّ الضّرر على النّاس بتحريمهم هذه المعاملات أشدّ عليهم ممّا قد يتخوّف فيها من تباغض أو أكل مال بالباطل، لأنّ الغرر فيها يسير، ووصف مذهب الإمام مالك بأنّه: (أحسن المذاهب)[2].

---

[1]- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 2/62.

[2]- ابن رشد، بداية المجتهد، 2/111. وابن تيمية، القواعد النورانية، تحقيق: محمد عبد السلام شاهين، ص94.

- يجوّز المالكيّة جمع الزّيتون أو الفجل أو الجلجلان، لشركاء وعصرهم معاً ثمّ يأخذ كلّ منهم نصيبه حسب قدره، والأصل في ذلك المنع لاحتمال أن يكثر زيت الأنصبة أو يقلّ، وقال ابن رشد عن علّة إجازة المالكيّة لمثل هذه المعاملة: "إذ لا يتأتّى عصر اليسير من الجلجلان والفجل على حدّته"[1].

ثالثاً: التّوسّع في القياس:

فمن علماء المالكيّة من توسّع في استعمال القياس، وما ذلك إلاّ أنّ أصول وقواعد المذهب تعين على ذلك، الإمام ابن العربي المالكي، ولقد توسّع في الاستدلال بالقياس ويدلّ على ذلك كثرة الأدلّة المعلّلة عنده بتلك القاعدة المقاصدية، ومن ذلك:

-قوله بتطبيق حكم الحرابة على السّارقين وهم مسلّحون وعلى من يعتدي على الأعراض بالقوّة حيث ذكر: (ولقد كنت أيّام توليتي القضاء قد رفع إليّ قوم خرجوا محاربين في رفقة فأخذوا امرأة مغالبةً على نفسها من زوجها فاحتملوا ثمّ جدّ فيهم الطّلب فأخذوا وجيء بهم فسألت من كان ابتلاني الله بهم من المفتين، فقالوا: ليسوا محاربين إنّما الحرابة تكون في الأموال دون الفروج، فقلت: إنّا لله وإنّا إليه راجعون، ألم تعلموا أنّ الحرابة منها في الفروج أفحش منها في الأموال وأنّ النّاس كلّهم يرضون أن تذهب أموالهم وتحرب من بين أيديهم ولا يحرب المرء في زوجته وبنته؟...وحسبكم من بلاد

1- المصدر السابق، 2/115.

صحبة الجهّال خصوصاً في الفتيا والقضاء)[1].

فأنت تقرأ وتسمع معي أيها القارئ هذا القياس الواسع الدّقيق والذي يعتمد فيه ابن العربي على قياس المصالح الذي يعدّ من قواعد المقاصد، والذي هو نموذج من نماذج اعتبار الفقهاء المالكيّة للتّعليل بالقواعد المقاصديّة.

-انتقد أبو بكر بن العربي الإمامين أبا حنيفة والشّافعي في جعلهم لزوم نطق المظاهر بلفظ الظّهر في الظّهار، وكان من قوله في نقدهم أن قال: "أظاهريّة في موضع التّعليل وأنتم رؤساء القياس"[2].

رابعاً: **التّوسّع في الأخذ بالمصالح المرسلة والاستحسان:**

وهذا التّوسّع قد صرّح به أئمّة المالكية أنفسهم، كما لاحظه غيره من الفقهاء في المذاهب الأخرى، فتأكيدات الأصوليّين على توسّع الإمام مالك في ذلك دون غيره هي التي حملت بعض المعاصرين إلى أن نسب إلى الإمام مالك تقديم المصلحة على النّص، في حين أنّ الاستدلال المرسل في مذهب مالك ليس خارجاً عن النّصوص بل هو طريقة معيّنة للاستدلال بالنّصوص الشّرعية، ويسمّى حينئذ استدلال بالنّص[3]، ولكنّ ماهية هذا الاستدلال لا تستمدّ من آحاد النّصوص أو أعيانها كما في القياس بل تستمدّ من مجموعها

1- ابن العربي، أحكام القرآن، 2/601.

2- نقله عبد الرحمن الزّخنيني، ابن العربي بين التّحرّر الفكري والتّقيّد المذهبي، مجلّة الموافقات، العدد2، ص357.

3- محمد حامد حسّان، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، ص59.

لأنّ كلّ واحد من هذه النّصوص لا يفيد الحكم بانفراده، فإذا وجد المعنى الكلّي دلّت عليه النّصوص مجتمعة كما في الحكم بتضمين الصّنّاع، والعقوبة في المال، والضّرب بالتّهم...وغيرها من الفروع المروية عن الإمام مالك، فعلى هذا الأصل يخرّج توسّع الفقه المالكي في المصالح والاستحسان، يقول الشّاطبي: "كلّ أصل شرعي لم يشهد له نصّ معيّن، وكان ملائماً لتصرّفات الشّرع ومأخوذ معناه من أدلّته فهو صحيح يبنى عليه ويرجع إليه إذا كان ذلك الأصل قد صار بمجموع أدلّته مقطوعاً به، لأنّ الأدلّة لا يلزم أن تدلّ على القطع بالحكم بانفرادها دون انضمام غيرها إليها"[1].

والذي يهمّنا هنا هو ضبط معنى العمل بالمصلحة المرسلة والاستحسان عند الإمام مالك، كونهما من القواعد المقاصدية المعتبرة عند جميع المذاهب ولكن اشتهر بها المذهب المالكي لزيادة اعتنائه بهذا المسلك الاستدلالي.

[1]- الشاطبي، الموافقات، 32/1.

المطلب الثاني: تطوّر التعليل بالقواعد المقاصدية في المذهب المالكي

في هذا المطلب نتناول أصل التّعليل للأحكام الفقهية بالقواعد المقاصديّة عند الإمام مالك، وعند غيره من منظّري أئمّة المذهب.

الفرع الأوّل: أصل التّعليل بالقواعد المقاصدية عند الإمام مالك.

من المعلوم المشهور عند طلبة العلم بأصول الفقه ومقاصد الشّريعة أنّ الإمام مالك لم يدوّن أصول مذهبه التي اعتمدها في الاجتهاد والاستنباط، والإفتاء، والتّنزيل الفقهي، وإنّما الأصول التي عرف بها المذهب المالكي إنما هي استنتاج من فقهاء المذهب وشيوخه، من خلال ما وقفوا عليه من فتاوى الإمام وما روي عنه من فروع[1].

وبناءً على ذلك فقد نصّ شيوخ المالكيّة، أنّ مالكاً كان يأخذ بالمصالح المرسلة، ويستحسن، ويسدّ الذّرائع، ويمنع الحيل، وكلّ ذلك أو أغلبه استنباطاً من فتاويه أو فروعه المروية عنه.

ولا يخفى على أيّ كان صلة المصالح المرسلة والاستحسان منع الحيل... وغيرها من المصادر التي ربطها الفقهاء بأصل التّعليل المقاصدي للأحكام الفقهية الاجتهادية، فالمستقرئ لفتاوى الإمام مالك في كتابيه: "الموطّأ" و"المدوّنة" يجد أنّ هذه الفتاوى الاجتهادية تعود أصالة أو تبعاً إلى ما ذكرنا من الأصول السّابقة التي نصّ عليها الشّيوخ في المذهب.

ولذلك نجد الرّيسوني يؤكّد أنّ مراعاة الإمام مالك لتلك الأصول التي

1- أحمد الريسوني، نظريّة المقاصد عند الإمام الشّاطبي، ص63.

تعود في مجملها إلى اعتبار المقاصد الشّرعية هو امتداد للفقه العمري الذي هيمن على المدينة التي يعتبر عمل أهلها مصدراً للأحكام عند الإمام مالك.

ولا ضير هنا أن نسجّل لك أيّها القارئ الكريم بعض الفروع الفقهية التي اجتهد فيها الإمام مالك رضي الله عنه مراعياً فيها التّعليل بالقواعد المقاصديّة، بصفة عامة أو فرعاً من فروع تلك القواعد:

أ-قضى الإمام مالك بإيجاب الصّداق للمرأة المستكرهة على الزّنا على غاصبها بكراً كانت أو ثيّباً إن كانت حرّة، وهو صداق المثل، فإن كانت المستكرهة أمة فعليه ما نقص من ثمنها[1].

رغم أنّ الإمام مالك لم يصرّح هنا إلى ما استند إليه في هذا القضاء إلاّ أنّه يستفاد من هذا التّدرّج ما يجب للمغتصبة وتغيّره حسب حالها، يستفاد من ذلك أنّه يراعي العدالة في تعويضها قدر الضّرر الذي لحقها.

ب-حكم الإمام مالك بضمان الحيوان الذي استهلكه شخص وليس ضمان المثل، لأنّ القيمة أعدل من الحيوان والعروض التّجارية، أمّا في حال كون المستهلك طعاماً، ففي هذه الحالة فإنّ الواجب هو مثل الطّعام من صنفه[2].

وهذه التّفرقة بين المال المثلي والمال القيمي معلّلة بمراعاة العدالة في التّعويض الذي يستحقّه صاحب المال المستهلك.

ج-في أحكام القراض أو المضاربة ذكر الإمام مالك الكثير من الفروع الفقهية المتعلّقة بهذا العقد، مثل عدم تجويزه القراض إلاّ بالعين، أي الذّهب

---

[1]- مالك بن أنس، الموطّأ مع تنوير الحوالك، 116/2.

[2]- المصدر نفسه، 216/2.

أو الفضّة ومنعه في غيرها من العروض أو السّلع، كذلك منع الجمع بين القراض والبيع أو الكراء أو السّلف...وهو في كلّ ذلك لا مستند له سوى التّعليل باعتبار القواعد المقاصدية، أو مراعاة تحقيق مقاصد الشّارع من هذا العقد، وذلك باعتبار أنّ دائرة الغرر تتّسع إذا كان القراض في العروض أو اقترن به عقد آخر[1].

د-من باع السلعة التي اشترط أن يأخذ الثّمن في محل غير الذي عقد فيه البيع أفتى الإمام مالك في هذا بقوله: "إذا ضرب لذلك أجلاً وسمّى البلد فلا بأس به، وإن سمّى البلد ولم يضرب لذلك أجلاً فلا خير فيه"[2].

وذلك لما يلزم من إلزام المشتري بشيء زائد على نصّ العقد.

هـ-المنصوص عليه في المذهب المالكي أنّ بيع الطّعام بالطّعام لا يصحّ إلاّ أن يكون يداً بيد، لكنّ الإمام مالكا استثنى صورة من هذا البيع وأجازها، وذلك لحاجة النّاس، فقد سئل فيمن يشتري طعاماً بعينه يداً بيد فيبدأ في كيله، وبسبب كثرة الطّعام يقارب النّهار على الانتهاء فيتعذّر عليه التّسليم بسبب تعطّل الكيل، فأجاز الإمام مالك تأخّر ذلك إلى الغد رغم أنّه لا مستند له سوى حاجة النّاس إلى ذلك وقال عن ذلك البيع: "لا بأس بهذا"[3].

و-كذلك من المسائل التي يظهر فيها التّعليل بالقواعد المقاصدية عند الإمام مالك، وعدم عمله بظاهر بعض النّصوص مراعاة للمقاصد، ما روي

1- المصدر السابق، 91/2 وما بعدها.

2- الإمام مالك، المدوّنة، 152/4.

3- الإمام مالك، المدوّنة، 153/4.

عنه أنّه أسقط الضّمان على من ذبح غنم غيره إذا شارفت الهلاك، والأصل العام أنّه يضمن لتصرّفه في ذلك الغير بلا إذن[1].

ويظهر اعتماد الإمام مالك على القواعد المقاصدية في الاجتهاد عموماً عدم جموده على ظواهر القود فيما روي عنه أنّه قال: "لا أنظر إلى اللّفظ وأنظر إلى الفعل، فإذا استقام الفعل فلا يضرّه القول إن لم يستقم الفعل فلا ينفعه القول"[2] فهذا الأصل يؤكّد بوضوح النّظر المقاصدي في التّعليل واستنباط الأحكام عند الإمام مالك.

الفرع الثّاني: أصل التّعليل بالقواعد المقاصدية عند أئمّة المذهب المالكي.

إذا كان الإمام مالك لم يدوّن أصوله، وأتباعه هم الذين استنبطوا هذه الأصول وخرّجوا الفروع الفقهية عليها، فما هو الاهتمام الذي حظي به مسلك التّعليل بالقواعد المقاصدية عندهم؟ وما هي مكانة هذا المسلك داخل المنظومة الاجتهادية التي اعتمدوها في الاستنباط والتّعليل والتّقصيد، والتّنزيل، والإفتاء؟

وللإجابة عن هذا الإشكال يمكن التّنبيه على البنود التّالية:

أوّلاً: ملامح التّعليل بالقواعد المقاصدية في الأدلّة الاجتهادية التي اعتمدها فقهاء المالكيّة.

لقد اعتمد فقهاء المالكية أدلّة اجتهادية خرّجوها انطلاقاً من الفروع الفقهية الثّابتة والمروية عن الإمام مالك، والتي منها المصالح المرسلة،

---

[1]- المصدر السابق، 440/5.

[2]- المصدر السابق، 219/4.

والاستحسان، وسدّ الذّرائع، واعتبار مآلات الأفعال، وتظهر ملامح التّعليل بالقواعد المقاصدية في هذه الأدلّة والأصول فيما يلي:

1- ظهور **قاعدة المصالح** المرسلة: إذا كان الإمام مالك قد اعتبر المصلحة المرسلة في بعض فتاويه فإنّ أصحابه قد اعتنوا بأصل المصلحة وخرجوا عليه الكثير من القواعد التي كانت ضابطة لبعض الفروع الفقهية في المذهب، ثمّ أصبحت بعد ذلك تلك القواعد يعتمد عليها في الاجتهاد فيما يجدّ من وقائع ونوازل، وفيما يلي بيان لأهمّ هذه القواعد المقاصدية التي اعتمدوها وعلّلوا الأحكام على وفقها:

أ- تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة: فهذه قاعدة شرعية عامة ثابتة بالاستقراء من النّصوص التي أبطلت بعض التّصرّفات أو حرّمتها، رغم ما فيها من مصلحة خاصة لصاحب التّصرّف، وذلك للضّرر العام الذي يلحق بالنّاس إن تحققت هذه المصلحة الخاصة، ولقد شهد لهذا الأصل أي تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة الكثير من الفروع الفقهية منها[1]:

-نهيه ﷺ عن بيع الحاضر للبادي، وقوله:"دع النّاس يرزق بعضهم من بعض"، فإنّ فيه تقديماً واضحاً للمصلحة العامة المتمثّلة في مصلحة أهل الحضر على المصلحة الخاصة المتمثّلة في الفائدة التي تعود على البدوي.

-اتّفاق الصّحابة على منع أبي بكر حينما ولي الخلافة من الاتّجار وجعل نفقته على بيت مال المسلمين، وما ذلك إلاّ تقديماً للمصلحة العامة المتمثّلة في

1- محمد أحمد بوركاب، المصالح المرسلة وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي، ص232، وعبد الرحمن زايدي، الاجتهاد بتحقيق المناط،ص336.

حسن تسيير شؤون الأمّة والاهتمام بأمرهم، والاشتغال بهمومهم ومشاكلهم عن المصلحة الخاصة المتمثّلة في حرّية الخليفة في أن يتّجر وأن يسترزق كما يسترزق ويتّجر باقي النّاس وهو منهم.

-جواز الحجر على السّفيه، لما يترتّب عليه من مصلحة عامة تتمثّل في حفظ مال الجماعة، وعدم إلحاق الضّرر بعموم النّاس لكون المال أحد مقوّمات الحياة، وتعارضها مصلحة المحجور عليه والمتمثّلة في حرّيّته، واستقلاليّته في مباشرة شؤونه بصرف أمواله والتّصرّف فيها.

-تحريم الاحتكار وإخراج الطّعام من يد المحتكر شرعاً فيه أيضاً معنى تقديم مصلحة عامة متمثّلة في رواج الطّعام فإنّه مصلحة لعموم الأمّة، لا يمكن أن ترجّح عنها مصلحة خاصة بذلك المحتكر والمتمثّلة في الرّبح الذي يحقّقه.

-تضمين الصنّاع لأنّ الأصل أن لا ضمان عليهم إذا ادّعو ضياع ما بأيديهم، ولا يكلّفون بإقامة البيّنة على عدم التّعدّي أو التّقصير، لأنّهم كالأمناء، لكن لمّا فسدت الذّمم وضعف سلطان الدّين على النّفوس، كان لابد من رعاية مصلحة النّاس العامة، حتّى على حساب مصلحة الصنّاع الخاصة.

-مسألة ضرب المتّهم، قال الشّاطبي: "العلماء اختلفوا في الضّرب بالتّهم، وذهب مالك إلى جواز السّجن في التّهم، وإن كان السّجن نوعاً من العذاب، ونصّ أصحابه على جواز الضّرب والسّجن بالتّهم لتعذّر استخلاص الأموال من أيدي السّرّاق والغصّاب، إذ قد يتعذّر إقامة البيّنة فكانت المصلحة في التّعذيب وسيلة إلى التّحصيل بالتّعيين أو بالإقرار"[1].

[1]- الشّاطبي، الاعتصام، تحقيق: أحمد عبد الشّافي،236/2.

ب-وجوب دفع أشدّ الضّررين: وهذه أيضاً من الأصول التي شهدت لها نصوص الشّريعة الإسلامية لمقتضاها، فهي قاعدة لكثرة فروعها، وانتشار معناها وتأكّده وتكرّره في مسائل التّشريع المختلفة، ومن بين النصوص الأصولية الشّاهدة على ذلك ما يلي:

-طبّق الشّاطبي هذا الأصل في توظيف الخراج إذا خلا بيت المال بتوفير حاجة الجند إلى المال، يقول: "فالذين يحذرون من الدّواهي لا تنقطع عنهم الشّوكة يستحقرون بالإضافة إليها أموالهم فضلاً عن اليسير منها، فإذا عورض هذا الضّرر العظيم بالضّرر اللّاحق لهم لم يأخذ البعض من أموالهم فلا يتمارى في ترجيح الثّاني على الأوّل، وهو ممّا يعلم من مقصود الشّرع قبل النّظر في الشّواهد، ولو وطئ الكفّار أرض المسلمين لوجب القيام بالنّصرة وإذا دعاهم الإمام وجبت الإجابة، وفيه إتعاب النّفوس وتعريضها إلى التّهلكة زيادة إلى إنفاق المال، وليس ذلك إلاّ حماية الدّين"[1].

-بيعة المفضول مع وجود الفاضل، الأصل أنّ بيعة المفضول لا تصحّ في حال وجود من هو أفضل، لكن مراعاة لأشدّ الضّررين فإنّ هذه البيعة تصحّ، والفروع المندرجة تحت هذه القاعدة عند المالكية لا تحصى كثرةً.

2- **ظهور قاعدة اعتبار المآل:** ومعناه النّظر فيما يمكن أن تؤل إليه الأفعال والتّصرّفات والتّكاليف موضوع الاجتهاد والإفتاء والتّوجيه، وإدخال ذلك في الحسبان عند الحكم والفتوى.

وهي قاعدة كما ترى مملوءة تعليلاً مقاصدياً، فإنّها محل اعتبار من قبل المجتهدين والفقهاء حال استنباط الحكم، ولهذه القاعدة حضوراً واسعاً على

---

[1]- المصدر السابق، 358/2.

مستوى النّظر الاجتهادي المصلحي، والمقاصدي، والتّعليلي عند جميع أئمّة المذاهب وتلاميذهم، وحضورها في منظومة الاجتهاد المالكية لا يخفى، يقول الشّاطبي:"وذلك أنّ المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصّادرة عن المكلّفين بالإقدام أو بالإحجام إلاّ بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل، فقد يكون مشروعاً لمصلحة فيه تستجلب أو لمفسدة تدرأ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد منه، يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو مصلحة تندفع به ولكن له مآل على خلاف ذلك، فإذا أطلق القول في الأوّل بالمشروعية فربّما أدّى استجلاب المصلحة فيه إلى مفسدة تساوي المصلحة أو تزيد عليها، فيكون هذا مانعاً من إطلاق القول بالمشروعية، وكذلك إذا أطلق القول في الثّاني بعدم المشروعية، ربّما أدّى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوي أو تزيد فلا يصحّ إطلاق القول بعدم المشروعية، وهو مجال صعب المورد إلاّ أنّه عذب المذاق، محمود الغب، جار على مقاصد الشّريعة"[1].

وقد مثّل له الشّاطبي بأمثلة كثيرة، منها: البيع فإنّه مشروع بعموم الأدلّة كما أنّ هذا البيع قد أذن فيه الشّارع لمصلحة معيّنة وهي حاجة البائع إلى الثّمن وحاجة المشتري إلى السّلعة، فإذا باع شخص سلعة بعشرة إلى أجل، ثمّ اشتراها قبل الأجل بخمسة نقداً، فإنّ البيع في الأصل مشروع للمصلحة المذكورة، ولكن ما آل إليه البيع يحقّق مفسدة وهي الإقراض بالرّبا، يقول الشّاطبي معلّلاً ذلك:"لأنّ المصالح التي لأجلها شرع البيع لم يوجد منها شيء"[2].

1- الشّاطبي، الموافقات، 194/4.

2- المصدر السابق، وانظر: حسين حامد حسان، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، ص195. وزايدي، الاجتهاد بتحقيق المناط، ص380.

ولأهمّية هذه القاعدة المقاصدية التي كثرت فروعها عند فقهاء المالكيّة، اعتبرها الشّاطبي أصلاً لقواعد مقاصدية اجتهادية كبرى كالاستحسان وسد الذّرائع والحيل، وتقييد الحقوق بما لا يضر الغير وقصر نتائج البطلان على ما لا يسبب فساداً أكبر أو ضرراً أشد، وقاعدة جواز الإقدام على المصالح الضّرورية أو الحاجية، وإن اعترض طريق تحصيلها بعض المناكر وقاعدة تحقيق المناط الخاص[1].

3- **ظهور قاعدة الباعث:** إنّ التّصرّفات كلّها سواءً كانت قوليّةً أم فعليّة تابعة لنيّة المتصرّف وقصده في أحكامها ومآلاتها المترتّبة عليها، فإذا كان القصد مشروعاً كان الفعل المبني عليه مشروعاً، وإذا كان القصد غير مشروع تبعه الفعل كذلك في عدم المشروعيّة، فالحكم إذاً تبع لمقصود فاعله، وللباعث أثر في بيان طبيعة الحكم الشّرعي لأنّه للمكلّف إلى تحقيق غرض أو غاية معيّنة، ومن شأنه أن يكون وراء الإرادة، يوجّهها لتحقيق غرض أو مصلحة[2].

وتظهر قيمة النّظر في الباعث كونه قيداً تقيّد به التّصرّفات والإرادات، حتّى لا يؤدّي تنفيذها إلى المساس بالمصالح العامّة، أو بإلحاق ضرر جسيم، أو يهدم مقصدا من مقاصد التّشريع الإسلامي، ويكثر تغيّر الحكم الشّرعي حينما يكون الباعث باعثاً غير مشروع، وهذا يدلّنا على تعليل الأحكام الشّرعية بهذه القاعدة المقاصديّة.

---

[1]- زايدي، الاجتهاد بتحقيق المناط، ص378، وعبد القادر بن حرزالله، التّعليل المقاصدي، ص170- 171.

[2]- الكيلاني، عبد الله إبراهيم، نظريّة الباعث وأثرها في العقود، ص28- 29.

ويقصد بالباعث الدّافع النّفسي الذي يحرّك إرادة المنشئ للتّصرّفات إلى تحقيق غرض غير مشروع، والمقصود هنا الدّافع إلى تحقيق غرض غير مشروع، يجاوز الحدود الأخلاقيّة، أو يمسّ المصلحة العامّة، أو يناقض مقاصد الشّريعة، ففكرة الباعث تهدف إلى إبطال التّصرّف الذي ظاهره الجواز، ولكن يقصد به الوصول إلى أغراض وغايات محرّمة[1].

يقول الشّاطبي: "العمل لا يقع إلاّ بالنّيّة، ولهذا لا يكون عمل إلاّ بالنّيّة، ثمّ بيّن في الجملة الثّانية، أنّ العامل ليس له من عمله إلاّ ما نواه، وهذا يعم العبادات والمعاملات والأيمان والنّذور، وسائر العقود والأفعال، وهذا يدلّ على أنّ من نوى بالبيع عقد الرّبا، حصل له الرّبا، ولا يعصمه من ذلك صورة البيع، وأنّ من نوى بعقد النّكاح التّحليل، كان محلّلاً، ولا يخرجه من ذلك صورة عقد النّكاح، لأنّه قد نوى بعقد النّكاح التّحليل"[2].

ويدلّ على اعتبار الباعث أيضاً في التّصرّفات أنّ الأحكام الشّرعيّة لها مقاصد يجب أن تحقّق من وراء قيام المكلّفين بالتّكاليف المناطة بهم، قال الدّريني- في هذا المعنى: "فالمطلوب من المكلّف أن يتصرّف في سائر أفعاله على هذا الوجه الذي يتّفق ومقصد الشّارع، ضماناً لتحصيل النّتائج والمصالح المتوخّاة عينها، وإلاّ كانت الأحكام والقواعد الشّرعيّة ليست مقامةً لتلك المصالح، والثّابت قطعاً أنّها مقاصد لها"[3].

[1]- محمد فتحي الدريني، نظرية التّعسّف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص195- 196.

[2]- الشاطبي، الموافقات، 2/652.

[3]- محمد فتحي الدريني، نظرية التّعسف في استعمال الحق، ص190.

ثمّ بيّن الدّريني أيضاً دليلاً آخر في بيان وجوب اعتبار قاعدة الباعث فقال: "إنّ تفسير استخلاف الإنسان في الأرض ليس له وجه إلاّ أن يكون من أجل إقامة تلك المصالح... دون حيف لها ولا نقص لها، وذلك بمباشرة التّصرّفات المشروعة... باعتبار أنّ الشّارع أعان المكلّف على إنفاذ التّكليف على هذا الوجه المطلوب، وذلك بأن أودع في العقل الإنساني نفسه قوّة التّعقّل والإدراك لتلك الأسباب، واستخلاص غاياتها والمصالح التي شرعت من أجلها"[1].

ولذلك فقد ذهب الإمام مالك إلى فسخ بيع من باع عصيراً أو عنباً، لمن أراد أن يتّخذه خمراً، ولا يباع إلاّ لمأمون لا متّهم[2].

ومن هذا الحكم نستفيد وجوب النّظر إلى النّيّة والباعث والقصد من التّصرّفات، فيحكم على العقود بما دلّت عليه القصود، ولا يخفى عليك ما في هذا المسلك الاستدلالي من مراعاة واعتبار للقواعد المقاصدية في تعليل الأحكام.

ومن أمثلة ذلك أيضاً بيع العينة ففيه يقصد المشتري الحصول على السّلعة بأن يحتال على الرّبا للحصول على المال، والسّلعة غير مقصودة، فهنا الباعث أو النّيّة هو الاحتيال على الرّبا، وهو باطل عند المالكيّة[3].

فلمّا ناقض الباعث مقصد الشّارع من تشريع الأحكام والتّصرّفات أصبحت باطلة لتفويتها للمصالح والمقاصد والحكم المتوخّاة للشّارع، قال الشّاطبي: "كلّ من ابتغى في تكاليف الشّريعة غير ما شرعت له، فقد ناقض

1- محمد فتحي الدريني، نظرية التّعسف في استعمال الحق، ص192.

2- ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ص329.

3- المصدر السابق، ص330.

الشّريعة، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التّكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل"[1].

وعليه فإبطال التّصرّفات على هذا النّحو يعتبر إجراءً وقائيّاً يعدّ من سياسة التّشريع، والذي ألجأ إليه هو النّظر في أحوال النّاس، واعتبار التّعليل بالقواعد المقاصدية.

ثانياً: إسهام فقهاء المالكية في توسيع مسلك التّعليل بالقواعد المقاصدية.

إنّ الصّلة الوثيقة بين الفقه المالكي ومقاصد الشريعة جعلت منه فقهاً مقاصدياً بامتياز، وجعلت فقهاء المذهب يتميّزون بنظر تعليلي مقاصدي مضبوط بضوابط الشّرع، ممّا نتج عنه ثروة مقاصدية واسعة النّطاق، كانت سبباً في ظهور تصانيف فريدة في بابها، تعدّ مصادراً لعلم القواعد والمقاصد والمصالح، كما هو الشّأن بالنّسبة لفروق القرافي، وقواعد المقّري، وموافقات الشّاطبي، ومقاصد ابن عاشور، وفي ما يلي عرض موجز لما تميّزت به جهود أبرز فقهاء المالكية من نظر تعليلي باعتبار القواعد المقاصدية:

1-التّعليل بالقواعد المقاصدية عند شهاب الدّين القرافي(ت685هـ).

للقرافي كتاب "الفروق" أودع فيه الكثير من القواعد المقاصدية العامة، بالإضافة إلى عنايته بالقواعد الفقهية والأصولية، ومعلوم أنّ القرافي تلميذ لشيخ المقاصد العزّ بن عبد السلام، لذلك فإنّ إسهامه في علم المقاصد وتعليله للأحكام باعتبار القواعد المقاصديّة ناتج عن تأثره بشيخه.

والنّاظر في كتاب الفروق يجده يسلّط الضّوء على المعرفة الأصولية بجلاء

[1]- الشاطبي، الموافقات، 2/615.

كبير، ويمزج استنباط الأحكام بالتّعليل المقاصدي والنّظر المصلحي، واسمع إلى كلامه وهو يجدّد رؤيته في ذلك: "إنّ الشّريعة المعظّمة اشتملت على أصول وفروع، وأصولها قسمان: أحدهما المسمّى بأصول الفقه وهو في غالب أمره ليس إلاّ قواعد الأحكام النّاشئة عن الألفاظ العربية، وما يعرض لتلك الألفاظ من النّسخ والتّرجيح نحو الأمر للوجوب والنّهي للتّحريم، والصّيغة الخاصة للعموم ونحو ذلك ما خرج عن هذا النّمط إلاّ كون القياس حجّة، وخبر الواحد وصفات المجتهدين، والقسم الثّاني قواعد كلّية فقهيّة جليلة، كثيرة العدد، عظيمة المدد، ومشتملة على أسرار الشّرع وحكمه، لكلّ قاعدة من الشّريعة ما لا يحصى ولم يذكر منها شيء في أصول الفقه، وإن اتّفقت إليه الإشارة في هنالك على سبيل الإجمال فيبقى تفصيله لم يتحصّل"[1].

لذلك كان كتابه الفروق تطبيقاً لهذه الرّؤية حيث يذكر القاعدة وسبهها ثمّ يخرج الفروع المتعلّقة بهذه القاعدة، ولقد بذل في هذا الكتاب جهداً مضنياً، ففي أوّل هذه الفروق ذكر أنّه قام يطلب الفرق بين الشّهادة والرّواية نحو ثمان سنين[2].

وأبرز ما تميّز به كتاب الفروق هو تأكيده على التّفريق بين أحوال تصرّفات النّبيّ ﷺ ومحلّ الاقتداء به، حسب هذه الأحوال، (وهو تمييز في غاية الأهمّيّة لأنّ الاستدلال بنصوص السنّة يستلزم استيعاباً تامّاً للمقام الذي ورد فيه هذا النّصّ أو ذاك من نصوصها، ومنشأ هذا التّمييز مراعاة مقاصد

[1]- القرافي، الفروق، 1/ 2- 3.

[2]- المصدر نفسه، 1/ 4.

نصوصها التي تختلف باختلاف مقاماتها، فمقامات التّبليغ والفتوى تباين مقامات القضاء والإمامة)[1].

وهذا التّمييز ذكره القرافي في كتابه "الإحكام في تمييز الفتاوى والأحكام عن تصرّفات القاضي والإمام" وبسطه بصورة أوسع[2].

كذلك من الإضافات التي تميّز بها القرافي في موضوع المقاصد الشّرعية منهجه الدّقيق في التّعرّض لقاعدة الوسائل والمقاصد حيث أعطى الأولويّة للمقاصد على أساس الوسائل وأنّ هذه الأخيرة تعود أحكامها إلى أحكام مقاصدها مع التّعرّض إلى بعض الوسائل التي لا تسقط رغم سقوط المقصد[3].

وممّا يميّز طرح القرافي للدّرس الأصولي والمقاصدي أنّه غالباً ما يربط الأحكام بعللها المصلحية، والمقاصدية، فتجده يقول مثلاً: "شرع القطع لحفظ المال، والرّجم لحفظ الأنساب، والجلد لحفظ الأعراض"[4]، ويمايز بينها على حسب الأهمّيّة، فيقول: "ويقدّم الأهمّ منها على المهم حسب مراتبها"[5].

فكتاب الفروق للقرافي كتاب تعليلي بالنّظر إلى أنّ عادته بعد إيراد القواعد المتشاكلة والمتجانسة، أو المتخالفة والمتعاندة، وذكر ما يتعلّق بها من فروع ومسائل جزئيّة، يهتمّ بأسباب إلحاق الفرع الفقهي بهذه القاعدة وإبعاده عن

---

[1]- إسماعيل الحسني، نظرية المقاصد عند الإمام الطّاهر بن عاشور، ص56.

[2]- القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرّفات القاضي والإمام، تحقيق: أبو بكر عبد الرزاق.

[3]- القرافي، شرح التنقيح، ص448.

[4]- الفروق للقرافي، 2/ 130.

[5]- المصدر نفسه.

تلك، أو العكس، ويعتني بإيضاح أوجه الفروق، سواء منها ما تعلّق بالقواعد أو بالفروع، وما إلى ذلك[1].

2-التّعليل بالقواعد المقاصدية عند الإمام الشّاطبي(ت790هـ).

تميّز الإمام الشّاطبي بكتابه "الموافقات" والذي أودع فيه درراً من الدّرس الأصولي والمقاصدي، حيث يثبت بأنّه لم يأت ليعيد ما كتبه السّابقون، وإنّما جاء ليعيد ترتيب المادة الأصولية بمنهج جديد، ومبدع يستحضر فيه رؤية جديدة في طريقة تحرير مختلف المباحث الأصولية وكيفية عرضها، والأساس الذي تقوم عليه، محاولاً بذلك رسم منظور أصوليّ فريد ومتميّز.

وقد شكّلت المقدّمات التي بدأ بها الشّاطبي موافقاته أهمّ المبادئ التي يرتكز عليها في تنظيره الأصولي، كما تعدّ أيضاً بمثابة المسلّمات عنده، استعان بها في وضع منهج صريح في تعليل الأحكام بالقواعد المقاصدية[2].

وقد كان الشّاطبيّ واضحاً في موقفه من التّعليل، وأسّس لقواعد كثيرة تعتبر قطب الرّحى في التّعليل المقاصدي، من ذلك قوله:"إنّ وضع الشّرائع إنّما هو لمصالح العباد في العاجل والآجل معاً...والمعتمد أنّا استقرينا من الشّريعة أنّها وضعت لمصالح العباد استقراءً لا ينازع فيه الرّازي ولا غيره"[3].

ويقول أيضاً:"الأصل في العبادات بالنّسبة إلى المكلّف التّعبّد دون الالتفات إلى المعاني"[4]، وقد استعمل الشّاطبي مسلك الاستقراء للوصول إلى

1- الطاهر بن الأزهر، التّعليل بالقواعد، ص246.

2- أحسن لحساسنة، الفقه المقاصدي عند الإمام الشّاطبي، ص10.

3- الشاطبي، الموافقات، 2/ 323.

4- المصدر نفسه، 2/ 585.

هذه القاعدة الكلّيّة، قال:"لأنّا وجدنا للشّريعة حين استقريناها تدور على التّعبّد في باب العبادات فكان أصلاً فيها"[1].

كما يقرّر الشّاطبي مسألة أنّ الأصل في العادات التّعليل والقياس، ويستدل على ذلك بالاستقراء، وبأنّ الشارع توسّع في بيان العلل والحكم في تشريع باب العادات[2]، ففرّع على هذا الأصل الكثير من التّفريعات التي تدلّ على توسّعه في مسلك التّعليل بالقواعد المقاصديّة.

والحاصل أنّ إسهام الشّاطبي في هذا المجال يعدّ إسهاماً مثرياً، لأنّه يعتبر قد أعاد صياغة المقاصد صياغة جديدة، ومن المباحث التي تدلّ على ذلك مناقشته الواسعة لمنهج التّعليل وسرد الأدلة النّقلية والعقلية التي تدلّ عليه، ومناقشته للمنكرين والرّد عليهم، ومن المباحث أيضاً ما يتعلّق بحدود المصلحة والمفسدة وعلاقة الأحكام بهما، وكذا طرق الكشف عن المقاصد، ومراتب المقاصد والتّرجيح بينها... إلى غير ذلك من المباحث الدّالة على جنوح الإمام الشّاطبي وشدّة تمسّكه بمسلك التّعليل بالقواعد المقاصدية.

3-التّعليل بالقواعد المقاصدية عند الإمام الطّاهر بن عاشور (ت1393هـ).

يعتبر الإمام الطّاهر بن عاشور من العلماء المحدثين، إلاّ أنّك تشعر وأنت تقرأ له أنّه قامة من قامات المقاصد التي تسلّلت من عصور التّأسيس لهذا العلم، ودهور بدايات التّأليف فيه، لاسيما حين تسمع كلامه وهو يؤصّل للقواعد المقاصدية ويستدلّ لها بالأدلة المتنوّعة والمتكاثرة، أو تقرأ له وهو

[1]- الشاطبي، الموافقات، 2/ 364.

[2]- المصدر نفسه، 2/ 591.

يستدرك بعض المسائل عن الأئمّة الفحول في هذا الشّأن من أمثال الإمام العزّ بن عبد السّلام، أو الإمام القرافي، أو الإمام الشّاطبي، ولك أن تتأكّد من ذلك إذا تصفّحت كتابه الماتع "مقاصد الشّريعة الإسلامية" الذي لقي شهرةً كبيرةً لا نبالغ إذا قلنا أنّها تضاهي شهرة الموافقات للشّاطبي، ويدلّك على ذلك كثرة الدّراسات التي اهتمّت بالقارنة بين منهج ابن عاشور ومنهج الشّاطبي في مباحث المقاصد، كطرق الكشف عن المقاصد، وكالاستقراء، وكاعتبار القطع في القواعد الأصولية، وغيرها من المباحث والدّراسات.

وقد علّق ابن عاشور نفسه على كتابه ذلك آمالاً كبيرةً، فيقول:" هذا كتاب قصدت منه إملاء مباحث جليلة من مقاصد الشّريعة الإسلامية والتّمثيل لها والاحتجاج لإثباتها لتكون نبراساً للمتفقّهين في الدّين ومرجحاً بينهم عند اختلاف الأنظار وتبدّل الأعصار، وتوسّلاً إلى إقلال الاختلاف بين فقهاء الأمصار ودربة لأتباعهم على الإنصاف في ترجيح بعض الأقوال على بعض، عند تطاير شرر الخلاف، حتّى يستتبّ بذلك ما أردناه غير مرّة من نبذ التّعصّب والفيئة إلى الحقّ..."[1].

ففي هذا النّص يشير الشيخ إلى أهمّيّة المقاصد في تقليل دائرة الخلاف ونبذ التّعصّب، خاصة في المسائل التي طال فيها الخلاف وغاب فيها المرجّح، فإنّ المقاصد في نظره هي المؤهّلة للقيام بذلك الدّور، فتصبح أدلّة الأحكام الفقهية بعد ذلك أدلّة قاطعة (يذعن إليها المكابر ويهتدي بها المشبّه عليه كما يتهي أهل العلوم العقلية في حجاجهم المنطقي والفلسفي إلى الأدلّة

[1]- محمّد الطّاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ص5.

الضّروريات)[1].

وقد تميّز إسهام العلامة ابن عاشور بالكثير من الاجتهادات التي صوّب فيها آراء الشّاطبي أو انتقده في بعضها، كما في إعراضه عن اجتهاد الشّاطبي القاضي بأنّ أصول الفقه قطعية بقوله: "وقد حاول الشّاطبي في المقدّمة الأولى من كتاب الموافقات الاستدلال على كون أصول الفقه قطعية فلم يأت بطائل"[2].

وممّا يعدّ تجديداً في الدّرس الأصولي باعتبار التّوسّع في التّعليل بالقواعد المقاصدية، أنّه وسّع مبحث فهم النصوص الشّرعية والتّفريق بين مقاماتها كما سبق ذكره عند القرافي، فالإمام الطّاهر بن عاشور أوصلها إلى اثني عشر مقاماً، بينما قصرها القرافي على ثلاث فقط متمثّلة في القضاء والفتوى والتّشريع.

كما أنّه وسّع مبحث التّعليل ووجه استفادة الفقيه من النّصوص الشّرعية، وأنّ هذا المبحث وهو البحث عن العلل والمقاصد ظاهرها وخفيّها ممّا يلزم الفقيه والمجتهد الإحاطة به، فابن عاشور لخّص احتياج الفقيه لمعرفة علل التّشريع ومقاصده في خمسة مناحي، وأرى من الضّروري التّأكيد عليها وعلى سردها هنا، لكون الإمام ابن عاشور بقية الفقهاء المالكية في عصره، وممّن رفعوا لواء مسلك التّعليل بالقواعد المقاصدية وهي:

أ-النّاحية الأولى: فهم أقوال ومدلولات الشّريعة اللّغويّة واللّفظيّة والنّقلية التي عمل بها الاستدلال الفقهي، وتكفّل بمعظمه علم الأصول[3].

1- محمّد الطّاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ص5.

2- المصدر نفسه، ص7.

3- المصدر نفسه، ص15.

فبعد هذه الفترة الطّويلة من عهد الرّسالة حيث كانت لغة القرآن هي لغة العرب آنذاك، ولكنّنا اليوم نجهل الكثير من لغتنا العربية ومدلولاتها ومعانيها، فاختلفت الآراء والأحكام فكان لا بدّ من معرفة المقاصد الشّرعية التي هي المعين على فهم النّصوص الشّرعية وتحديد مدلولاتها ومعانيها، لأنّ الألفاظ قد تتعدّد معانيها ومدلولاتها لنجد أنّ المعنى من اللّفظ المقصود للشّارع تحدّده معرفة المقاصد الشّرعية[1].

ب-الناحية الثّانية: البحث عمّا يعارض الأدلة التي لاحت للمجتهد، فإن استيقن من سلامة الدّليل أعمله، وإن ألفى له معارضاً نظر في كيفية العمل بالدّليلين معاً أو رجحان أحدهما على الآخر[2].

التّوفيق بين الدّليلين، أو ترجيح أحدهما ناتج عن التّعارض الذي يلوح للفقيه، وليس تعارضاً حقيقياً، فيسعى إلى الأخذ بالوجه الصّائب في ذلك والذي يرفع ذلك التّعارض، ويكون المرجّح في غالب الأحيان والحالات فهم مقاصد الشّريعة والاسترسال في التّعليل بقواعدها[3].

ج-النّاحية الثّالثة: قياس ما لم يرد حكمه في أقوال الشّارع على حكم ما ورد حكمه فيه بعد معرفة علل التّشريعات الثّابتة[4].

وهذه النّاحية تظهر فيها دعوة الطّاهر بن عاشور إلى التّعليل بالقواعد المقاصدية جليّة، كالقياس، والاستحسان، والاستصلاح، ونحوها من أركان

1- نور الدين الخادمي، الاجتهاد المقاصدي، كتاب الأمة، 1/85.
2- ابن عاشور، مقاصد الشريعة، ص15.
3- سميح عبد الوهاب الجندي، أهمّيّة مقاصد الشّريعة، ص110.
4- ابن عاشور، مقاصد الشريعة، ص15.

الاجتهاد المقاصدي، الذي ينبغي أن يبقى مطروقاً ومفتوحاً ما دامت حركة المجتمعات في تطوّر ونموّ وامتداد، وتغيّر وتبدّل في المصالح وطبيعة المشكلات، فالاجتهاد بهذا الاعتبار هو التّجديد الذي يسري في كيان الأمّة، وهو دليل على خلود هذا الدين[1].

وعليه فالتّعليل باعتبار القواعد المقاصدية أمر لابدّ منه من أجل فهم وتحليل المشكلات المعاصرة والمستقبلة، فلا بدّ من جعل هذا النّوع من التّعليل إطاراً لذلك.

د-النّاحية الرّابعة: إعطاء حكم لفعل أو حادث حدث للنّاس لا يعرف حكمه فيما لاح للمجتهدين من أدلّة الشّريعة، ولا نظير له يقاس عليه[2].

فهناك أمور لابدّ للمجتهد أن يحيط بها علماً؛ منها التّعليل باعتبار القواعد المقاصدية (فالنّص هو الدّليل الذي يراد تطبيق حكمه وعلّته ومقصده، والواقع هو ميدان الفعل والتّصرّف الذي سيكون محكوماً بذلك النّص وموجّهاً نحو مقاصده وغاياته، والمكلّف هو المؤهّل عقلاً وروحاً وبدناً للملاءمة بين النّصّ والواقع، أي: لتسيير الواقع على وفق النّص وأحكامه ومقاصده، وتنزيل ما ينبغي تنزيله من معالجات شرعية لمشكلات ذلك الواقع وأقضيته وأحواله، ونفس الأمر بالنّسبة لبحث حكم مسألة مسكوت عنها من قبل الشّارع غير نسيان، والذي ينبغي أن يعمل فيه بأوجه من النّظر العقلي كالتّعليل بالقواعد المقاصديّة، والإلحاق والإدراج والتّسوية، وأن

---

[1]- نور الدين الخادمي، الاجتهاد المقاصدي، 1/35.

[2]- ابن عاشور، مقاصد الشّريعة، ص16.

يؤول إلى تحقيق المقاصد الشّرعية والمصالح الإنسانية التي تستسيغها العقول الرّاجحة وتتقبّلها الفطر السّليمة، وأن لا يؤدّي إلى المفاسد والمهالك التي تأباها الأعراف الحسنة والطّباع السّليمة، إنّ ذلك الاجتهاد بمختلف صوره وأوجهه لحجّة بيّنة وحكمة بالغة على تفويض الشّرع للعقل في تقدير المصالح المتغيّرة والمتعارضة)[1].

وهذا يدلّك على شدّة عناية الفقهاء بمسلك التّعليل بالقواعد المقاصديّة، لأنّه يحقّق لنا ضرورة الوصول إلى حكم المسائل المسكوت عنها، والتي ليس لها دليل شرعي خاص أو عام.

كما يلزم الفقيه الإحاطة بمعرفة أعراف النّاس وعاداتهم، حتّى يتحقّق المقصد الشّرعي، فالفقه المقاصدي إذا أخذ سبيله إلى التّشكيل الثّقافي سوف يخلص العقل المسلم من الفوضى وانفلات الفقه والمعيار في التّعامل مع النّصوص الشّرعية، والأحكام التي تدلّ عليها، ويمكّن من حسن اختيار وتقدير الموقع المناسب للاقتداء والتّأسّي من مسيرة النّبوّة والأحكام المناسبة للمرحلة والحالة التي عليها الاستطاعة، فلا يصاب بالخسران والخيبة والإحباط لعدم استكمال تنزيل جميع الأحكام على جميع المجالات، بل يطمئنّ إلى أنّه يطبّق كلّ الأحكام الشّرعية المناسبة للحالة والواقع والإمكانات، فهو بذلك مطبّق للشّريعة متّق لله بقدر الاستطاعة...وهذا التّطبيق الجزئي بالنّسبة لشمول الشّريعة هو السّبيل للتحضّر والتّنمية للإمكانات والاستطاعات

[1]- نور الدين الخادمي، الاجتهاد المقاصدي، 1/ 57.

للارتقاء من الحسن إلى الأحسن[1].

هـ-النّاحية الخامسة: تلقّي بعض أحكام الشّريعة الثّابتة عنده –الفقيه والمجتهد- تلقّي من لم يعرف علل أحكامها، ولا حكمة الشّريعة في تشريعها...فهو يتّهم نفسه بالقصور عن إدراك حكمة الشّارع منها، ويستضعف علمه في جنب سعة الشّريعة فيسمّى هذا النّوع بالتّعبّدي[2].

فعند الوقوف عند المستحدثات والنّوازل من الأمور التي لا تعرف أحكامها أو عللها يتحتّم على القاضي والعالم والفقيه والمجتهد أن يضع مقاصد الشّريعة نصب عينيه لتضيء له الطّريق، وتصحّح له المسار وتعينه على الوصول إلى الحق والعدل والصّواب والسّداد.

كما أنّه في مجال فقه الواقع وتحقيق الاعتدال والتّوازن يحتّم الاجتهاد المقاصدي المعاصر العمل على تأكيد الثّوابت الإسلامية، وجعلها غير قابلة للتّغيير والتّعديل تحت ضغوط الواقع المعاصر، وبموجب تغيّراته وتقلّباته، وتلك الثّوابت والأساسيات تتمثّل في جملة القواطع الشّرعية على نحو العقائد والعبادات والمقدّرات وأصول الفضائل والمعاملات، فمقاصد الشّريعة هو النّور الذي يستضيء به المجتهد ليطلق أحكامه التي لا تحيد عن مراد الشّارع، فكلّما استمدّه من هذه المقاصد واستظلّ بها، كان مقارباً للصّواب والسّداد، بل هي ناقته الضّالة التي لابدّ أن يبحث عنها حتّى يتابع طريقه في الاجتهاد[3].

---

[1]- نور الدين الخادمي، الاجتهاد المقاصدي، 1/ 23- 24.

[2]- ابن عاشور، مقاصد الشّريعة، ص16.

[3]- سميح عبد الوهاب الجندي، أهمّية مقاصد الشريعة، ص114.

المطلب الثالث: قاعدة العمل بالأولى في المذهب المالكي

الفرع الأوّل: مفهوم قاعدة العمل بالأولى:

أوّلاً: معنى الأولويات:

قال في لسان العرب: "وفي الحديث أنّه ﷺ سئل عن رجل مشرك يسلم على يد رجل من المسلمين فقال: (هو أولى النّاس بمحياه ومماته)[1]، أي أحقّ به من غيره، وفي الحديث: (ألحقوا المال بالفرائض فما أبقت الفرائض فلأولي رجل ذكر)، أي أدنى وأقرب في النّسب إلى المورّث، ويقال فلان أولى بهذا الأمر من فلان أي: أحقّ به، وهما الأوليان الأحقّان"[2] .

قال الكفوي: "الأولى بالفتح واحد الأوليان والجمع الأوّلون والأنثى الوليّا، والجمع الوليات، والأوّل يستعمل في مقابلة الجواز، كما أنّ الصواب في مقابلة الخطأ، ومعنى قوله تعالى:﴿ **فأولى لهم** ﴾ [سورة محمّد الآية20]. فويل لهم دعاء عليهم، بأن يليهم المكروه أو يؤول إليهم أمرهم فإنّه أفعل من الولي، أو فعلى من الآل"[3] .

وقال في المعجم العربي:" أولى منه بكذا أفعل تفضيل للمقارنة، تقول: هي أولى بهذه الهديّة منه، أي أولى وأحرى، (إنّ أولى النّاس بإبراهيم للذين اتّبعوه)

---

[1] – سنن التّرمذي، ضبط: صدقي جميل العطّار، 4/427، رقم2112.

[2] – ابن منظور، لسان العرب، ص407، مادة ولي، والحديث رواه البيهقي في السّنن الكبرى، 6/ص234، رقم: 12115، وابن حبّان في صحيحه، تحقيق: شعيب الأرناؤوط /ص390، رقم: 6030.

[3] – ابن منظور، لسان العرب، ص407.

المثنّاة الأوليان، أي الجمع الأوّلون والأوالي مؤ (أي مؤنّثة) الوليّا، مثنّاة الولييّان، (أي جمعه) الولي والوليات أفعل تفضيل للمطلق أي الأحق والأجدر والأقرب"[1].

وقد عرّف القرضاوي الأولويات بقوله: "وضع كلّ شيء في مرتبته بالعدل من الأحكام والقيم والأعمال، ثمّ يقدّم الأولى بناءً على معايير شرعيّة صحيحة يهدي إليها نور الوحي ونور العقل، نور على نور"[2].

وعرّفها نور الدين الخادمي بقوله: "يراد بعبارة الأولويات الأمور الأولى والأحرى، أي الأمور التي تقدّم على غيرها لأهمّية ومزيّة فيها، فيقال: فلان أولى بالصّحبة من فلان، وذلك لكونه أصدق حديثاً أو أوفى عهداً أو أعمق خبرة وأكثر عطاءً"[3].

ثانياً: الصيغ الدّالة على قاعدة فقه الأولويات:

ومن الصيغ التي يستعملها الفقهاء في مدوّناتهم ويقصدون بها قاعدة فقه الأولويات، عبارة (خلاف الأولى) والتي يستعملها الفقهاء ليبيّنوا بها حكماً فقهياً يكون غيره أولى منه، كقولهم: الإفطار للمسافر في رمضان جائز ولكنّه خلاف الأولى، أي الأولى والأحرى أن يصوم المسافر.

ومن الصيغ أيضاً (المفهوم الأولوي)، أو (دلالة الأولى والأحرى)،

[1] – أبو البقاء الكفوي، الكلّيات، ص352، فصل الواو.

[2] – يوسف القرضاوي، في فقه الأولويات دراسة جديدة في ضوء القرآن والسنّة، ص9.

[3] – نور الدّين الخادمي، أبحاث في مقاصد الشّريعة، ص65.

و(مفهوم الموافقة) وهي ما كان المسكوت عنه أولى بالحكم من المنطوق به، مثاله تحريم الضّرب المسكوت عنه أولى من تحريم التّأفيف المنطوق به في النّص القرآني ﴿ فلا تقل لهما أف ﴾ [سورة الإسراء الآية23].

وهناك عبارات شرعيّة كثيرة في المدوّنات الفقهيّة والأصولية تصحّ أن تكون صيغا دالة على قاعدة فقه الأولويات ولولا خشية الإطالة لأتينا بها معزوّة لمصادرها، ولكن حسبنا أن نشير إلى ما يكثر استعماله في عبارات الفقهاء والأصوليّين، ويشعر به القارئ لمدوّناتهم لأوّل وهلة، من ذلك: القياس الجلي، والغالب والسّائد، والرّاجح، والمقدّم والمعوّل عليه، والأصلح، والأقوم، والأفضل والمعتبر، والتّنبيه بالأدنى على الأعلى، وغيرها من الصيغ، والتي يصح أن تكون بحثاً خاصاً لو ندب بعض الباحثين أنفسهم للبحث فيها.

الفرع الثّاني: فقه الأولويات في فروع المذهب المالكي:

علم الفروع هو علم للتّطبيقات التّشريعيّة، وقد كان الدّافع لإنشاء علم الفروع في الفقه هو المستوى الحضاري الرّفيع الذي بلغه النّاس في مختلف الحواضر الإسلاميّة؛ من زيادة المال وتغيّر نمط المعيشة، فكلّما ازداد التّقدّم والازدهار، والنّموّ الاقتصادي والاجتماعي تولّدت الحوادث والمشاكل، فيضطرّ الفقهاء لمعالجة الأمور بدراسة الأصول والقواعد وتحديد غاياتها، وضبط عللها، والقياس عليها، واستنباط قواعد فرعيّة مستخرجة منها، وإصدار حكم شرعي لكلّ حادثة طارئة، فنشأ من ذلك علم الفروع[1].

---

[1] - حسين الدّهماني، تحقيق ودراسة كتاب التّفريع لأبي القاسم عبيد الله بن الحسن بن الجلاّب، /ص108.

والمذهب المالكي كغيره من المذاهب والمدارس الفقهيّة يحتوي على فروع كثيرة لا يمكن حصرها، ومن خلال تلك الفروع وقواعدها التي تلمّ شتاتها يمكن أن نقول أنّ لقاعدة فقه الأولويات مكانة سامقة، ذلك أنّ الثّراء التّشريعي الذي يتميّز به الفقه المالكي يجعل الفقيه والمجتهد يغترف من معينه لإيجاد الحلول المناسبة، ومعالجة القضايا الجديدة وفق نظرة واقعيّة أولويّة، ولبيان أثر الفقه المالكي في تقعيد فقه الأولويات نشير إلى بعض القواعد التي اشتهر بها المذهب المالكي، أو عرف بها ولا يضرّنا إذا اشتركت معه بعض المذاهب الأخرى في اعتبارها ومراعاتها، إذ الغرض هو بيان أنّ في فروع المذهب المالكي ما يؤصّل لقاعدة فقه الأولويّات، ونعرضها كالتّالي:

أوّلاً: الواقعيّة أولى من الافتراضيّة:

إنّ المتتبّع لفقه رجال المذهب المالكي يجد فقهاً واسعاً استطاع أن يغطّي كلّ الأبواب الفقهيّة باجتهادات رجاله، وبتفصيلاته لمختلف الفروع والجزئيات.

وهو فقه أحاط بحقائق الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعيّة إحاطة واعية، متّبعاً في ذلك الدّليل الشّرعي، ومتوخياً تحقيق مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة على حدّ سواء، محافظاً في ذات الوقت على المبادئ الخلقيّة والقواعد الشّرعيّة.

ولقد كان المذهب المالكي هو أوّل مذاهب مدرسة الأثر ظهوراً، وأكثرها أصولاً، وأثراها فروعاً، ومدرسة الأثر تختلف عن مدرسة الرّأي من حيث أنّ فقهاءها لا يفتون في المسائل إلاّ إذا وقعت أو كان وقوعها مظنوناً ظنّاً

راجحاً، ولذلك كثر النّقل عنهم أنّهم يقولون لمن يستفتيهم في مسألة ما: هل وقعت؟... دعها حتّى تقع، أمّا مدرسة الرّأي، فكانوا يفترضون المسائل، ويكثرون من قولهم: أرأيت...أرأيت، ولذلك سمّوا بالأرأيتيين.[1]

ومن هنا فإنّ المذهب المالكي مذهب يقدّم الواقعيّة في الإفتاء والاجتهاد عن الافتراضيّة.

ثانياً: اعتبار المآل في الاجتهاد:

ومعناه النّظر فيما يمكن أن تؤول إليه الأفعال والتّصرّفات والتّكاليف موضوع الاجتهاد والإفتاء والتّوجيه، وإدخال ذلك في الحسبان عند الحكم والفتوى.[2]

وهي عبارة ترد في كلام الفقهاء ومدوّناتهم، ومنهم فقهاء المذهب المالكي فقد جعلوها أصلاً دينيّاً ومصدراً اجتهاديّاً يرجع إليه في استنباط الأحكام والتّرجيح بينها، يقول الشّاطبي: "النّظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً...وذلك أنّ المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصّادرة عن المكلّفين بالإقدام أو الإحجام إلاّ بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل فقد يكون مشروعاً لمصلحة فيه تستجلب، أو مفسدة فيه تدرأ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد فيه، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو مصلحة تندفع به، ولكن له مآل على خلاف ذلك، فإذا أطلق القول في الأوّل بالمشروعيّة فربّما أدّى استجلاب المصلحة فيه إلى مفسدة تساوي المصلحة أو

---

[1] – عمر سليمان الأشقر، المدخل إلى الشّريعة، ص290- 292.

[2] – عبد الرّحمن زايدي، الاجتهاد، ص234.

تزيد عليها، فيكون هذا مانعاً من إطلاق القول بالمشروعيّة، وكذلك إذا أطلق القول في الثّاني بعدم المشروعيّة ربّما أدّى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوي أو تزيد، فلا يصحّ إطلاق القول بعدم المشروعيّة، وهو مجال للمجتهد صعب المورد إلاّ أنّه عذب المذاق، محمود الغبّ جار على مقاصد الشّريعة".[1]

وقد ردّ –رحمه الله– على من يهمل هذه القاعدة بحجّة أنّ عليه العمل وليس عليه النّتيجة، فقال: "لا يقال إنّه قد مرّ في كتاب الأحكام أنّ المسبّبات لا يلزم الالتفات إليها عند الدّخول في الأسباب، لأنّا نقول: وتقدّم أيضاً أنّه لابدّ من اعتبار المسببات في الأسباب...وقد تقدّم أنّ الشّارع قاصد للمسبّبات في الأسباب، وإذا ثبت ذلك لم يكن للمجتهد بدّ من اعتبار المسبّب، وهو مآل السّبب".[2]

فيكون اعتبار المآل في الاجتهاد من النّظر الأولوي، لأنّه يقوم على الموازنة بين نتائج العمل ثمّ التّرجيح والاختيار وفق الضّوابط والشّروط التي تحفظ النّصوص تراعي المقاصد.

ثالثاً: وجوب دفع أشدّ الضّررين:

وهي من القواعد القطعيّة المأخوذة من النّصوص بطريق الاستقراء، ومعناها أنّه إذا تعارض شرّان أو ضرران فإنّنا نجد الشّارع يقصد إلى دفع أشدّ الضّررين وأعظم الشّرّين بارتكاب أخفّهما.

وقد طبّق المالكيّة هذا الأصل –الذي يظهر فيه اعتبار وإعمال قاعدة فقه

---

[1] – الشّاطبي، الموافقات، ج4/ص195.

[2] – المصدر نفسه.

الأولويات- في فروع كثيرة منها: توظيف الخراج إذا خلا بيت المال عمّا يفي حاجة الجند، واحتاج الإمام إلى تكثير الجند لسدّ الثّغور وحماية الملك المتّسع الأقطار، يقول الشّاطبي: "هي مصلحة تلائم تصرّفات الشّارع، لأنّ في توظيف الخراج دفع أشدّ الضّررين وأعظم الشّرّين، ونحن نعلم قطعاً أنّه إذا تعارض شرّان أو ضرران قصد الشّرع إلى دفع أشدّ الضّررين وأعظم الشّرّين".[1]

ومن هذه البابة مسألة انعقاد الإمامة الكبرى لمن قصر عن رتبة الاجتهاد إذا خلا العصر من مجتهد، وذلك دفعاً لأشدّ الشّرّين وأعظم الضّررين، فإنّ الضّرر في ترك المسلمين دون إمام وما يترتّب عليه من ضياع النّفوس والأموال والأعراض، وطمع العدو من الخارج، وثوران الفتن من الدّاخل، أشدّ من الضّرر الحاصل بفوات رتبة الاجتهاد في الإمام، إذ يمكنه التّقليد فتزول المفسدة وتحصل المصالح المطلوبة من أجل الإمامة[2].

ويتجلّى النّظر الأولويّ في هذه المسألة وفقاً للقاعدة المذكورة -وهي تحمّل الضّرر الأخف لدفع الضّرر الأعظم- أنّ تولية الإمام غير المجتهد مع أنّه خلاف الأولى إلاّ أنّه أولى من ترك النّاس فوضى لا حاكم يحكمهم.

رابعاً: إقامة مظنّة الشّيء مقام نفس الشّيء:

وهي قاعدة من القواعد الكلّيّة مأخوذة من النّصوص الشّرعيّة بطريق الاستقراء، وقد طبّق المالكيّة هذا الأصل على حكم شارب الخمر، إذ لم يكن على عهد رسول الله ﷺ حدّ مقدّر وإنّما كان التّعزير، وفي عهد أبي

---

[1] - الشّاطبي، الموافقات، ج1/ص38.

[2] - الشّاطبي، الاعتصام، تحقيق: أحمد عبد الشّافي، 126/2.

بكر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قدّره بأربعين بطّريق النّظر والاستحسان، فلمّا كان زمن الخليفة عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وفتحت الدّنيا على المسلمين، وكثرت الأعناب، وشاع شرب الخمر بين المسلمين الذين دخلوا إلى الإسلام جدداً، جمع عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ الصّحابة واستشارهم، فقال عليّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ:(أرى أن تجلده ثمانين، فإنّه إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى)[1].

فعليّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قد جعل شرب الخمر جزئيّاً للأصل الكلّي الشّرعي لأنّ الشّرب مظنّة القذف فيكون الأولى تسليط عقوبة القذف على شارب الخمر

ومن فروع هذه القاعدة والتي يتجلّى فيها النّظر الأولوي: جواز ضرب المتّهم من أجل استخلاص أموال النّاس من أيدي السّارقين، قال الشّاطبي: "إذ لا يعذّب أحد لمجرّد الدّعوى بل مع اقتران قرينة تحيك في النّفس وتؤثّر في القلب نوعاً من الظّن".[2]

خامساً: قاعدة المحافظة على النفس:

وهي قاعدة كلّيّة قطعيّة تظهر في فروعها الفقهيّة وأحكامها الجزئيّة ما يدلّنا على ابتنائها على فقه الأولويّات، وقد طبّق المالكيّة هذا الأصل في فروع كثيرة منها قتل الجماعة بالواحد، لأنّ هذا الحكم هو الأولى إذ أنّه لو لم يقتل الجماعة بالواحد لاتخذ ذلك القاتل الاشتراك ذريعة إلى قتل أعدائه، وفي ذلك هدم

[1] – موطأ الإمام مالك، رواية يحيى بن يحيى، كتاب الأشربة، باب الحدّ في الخمر،رقم1588، ص427.

[2] – الشّاطبي، الاعتصام، 2/126.

لحفظ النّفس.[1]

ومن ذلك أيضاً مسألة إذا أطبق الحرام الأرض جاز أكل مقدار الحاجة من الحرام، وهو أولى من المنع لما يترتّب عن ذلك من مفاسد تصل إلى حدّ إتلاف الأنفس، وفي ذلك يقول الشّاطبي:"وهذا ملائم لتصرّفات الشّارع وإن لم ينص على عينه فإنّه قد أجاز أكل الميتة للمضطرّ، والدّم ولحم الخنزير، وغير ذلك من الخبائث والمحرّمات".[2]

سادساً: قاعدة التّعلّق بالأولى:

وهذه القاعدة الاجتهاديّة هي عينها فقه الأولويات، وهي من أنواع الاستدلال، ويطلق عليها التمسّك بنفي الفارق، أو الاستدلال بالأولى، وقد استعمل الشّاطبيّ هذا النّوع من الاستدلال عند تحديده العلاقة بين المصالح المطلوبة شرعاً، حيث ذهب إلى انّ اختلال الأصول الضّروريّة مؤذن باختلال الأصول الحاجيّة والتّكميليّة من باب أولى، يقول الشّاطبيّ:"إذا ثبت أنّ الضّروريّ هو الأصل المقصود وأنّ ما سواه مبنيّ عليه كوصف من أوصافه، أو كفرع من فروعه لزم من اختلاله اختلال الباقين، لأنّ الأصل إذا اختلّ اختلّ الفرع من باب أولى".[3]

وقد أشار الباجيّ الفقيه المالكيّ إلى هذا النّوع من الاستدلال وصحّح القول به، وأرجعه إلى القياس، يقول الباجيّ:"وهاهنا من أوجه الاستدلال لم

---

[1] – الشّاطبي، الموافقات، 1/38.

[2] – الشّاطبي، الاعتصام، 2/125.

[3] – الشّاطبي، الموافقات، 2/332- 333.

يسمّوه قياساً وسمّوه استدلالاً، وإن كان من جملة القياس في الأصول نحو الاستدلال بالأولى".[1]

ومثّل لذلك بمسألة وجوب الجزية على الوثني؛ إذ الجزية شرعها الباري لتؤخذ من الكفّار صغاراً لهم وإذلالاً، وقد ثبت أنّ كفر الوثني أشدّ من أهل الكتاب، فإذا جاز أن يذلّ أهل الكتاب بأخذ الجزية، فبأن يجوز إذلال أهل الأوثان بذلك أولى وأحرى[2].

هذه بعض القواعد التي اشتهر القول بها في المذهب المالكي وظهر لي أنّ فيها تأصيلاً لقاعدة فقه الأولويات، وهي تختلف من حيث القرب والبعد، ومن حيث الظّهور والخفاء، والتّصريح والإشارة إلى المقصود، والله أعلى وأعلم.

[1] – الباجي، أحكام الفصول في إحكام الأصول، تحقيق: عبد المجيد التّركي، 2/ 678.
[2] – المصدر نفسه .

خاتمة

بعد هذه الجولة العلميّة والمختصرة التي جمعنا من خلالها أهمّ ما يتعلّق بمدارك النّظر والاستدلال في المذهب المالكي يمكن أن نسجّل بعض النّتائج التي منها:

1-أنّ الفقه المالكي فقه يستند إلى الأدلّة النّقلية التي أجمعت عليها الأمّة، ويضيف له أدلّة تميّز بها واختصّ بها وأصبحت تعرف به ويُعرف بها، ممّا يدلّنا أنّ المذهب المالكي فقه متوارث من عهد الصّحابة رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمْ وسنده متّصل بالنّبيّ ﷺ فهو فقه أثريّ سلفيّ لا يبغي بدلاً عن الدّليل النّقلي ويجنح إلى الاجتهاد بالرّأي إلاّ حيث ينعدم، وهذا يردّ ما يُشاع عن الفقه المالكي وأنّه فقه غير مؤصّل بحيث تُحكى فيه المسائل عاريّة عن الدّليل، ويستند فيه إلى روايات أئمّة المذهب، وأقوال رجاله بدل الاستناد إلى نصوص الكتاب والسّنّة.

2-أنّ منهج القرآن الكريم والسّنّة النّبويّة هو تعليل الأحكام الشّرعيّة وعليه سار الصّحابة رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمْ في فتاويهم، وقد اعتمده الإمام مالك –رحمه الله– في فقهه وفتاويه، وعلى هذا الأساس تقرّر أنّ الأصل في الأحكام التّعبّديّة عدم التّعليل بينما الأصل في المعاملات الالتفات إلى الحكم والمقاصد والمصالح فكانت معلّلةً وهو ما اعتمده مالك في فقهه، ولذلك لم يُجر القياس في الأوّل إلاّ في مجال ضيّق، وفتح باب التّعليل برعاية المصالح في الباب الثّاني.

3- السنة ومفهومها عند الإمام مالك طبيعي أن يسير في فهمها على ما سار عليه السلف وعامة المحدثين الذين كان من أئمتهم وأقطابهم، غير أنه ربما عمم في السنة لتشمل ما يعرف عند علماء الحديث بالمأثور، وهو بهذا المعنى يعطي لعمل أهل المدينة وإجماعهم مكانة خاصة، ويجعل من قبيل السنة كذلك فتاوى الصحابة، وفتاوى كبار التابعين الآخذين عنهم، كسعيد بن المسيب، ومحمد بن شهاب الزهري، ونافع، ومن في طبقتهم ومرتبتهم العلمية، كبقية الفقهاء السبعة.

4-من الأصول التي انفرد بها مالك واعتبرها من مصادر فقه الأحكام والفتاوى عمل أهل المدينة. وقسم الإمام الباجي عمل المدينة إلى قسمين: قسم طريقه النقل الذي يحمل معنى التواتر كمسألة الأذان، ومسألة الصاع، وترك إخراج الزكاة من الخضروات، وغير ذلك من المسائل التي طريقها النقل واتصل العمل بها في المدينة على وجه لا يخفى مثله، ونقل نقلا يحج ويقطع العذر. وقسم نقل من طريق الآحاد، أو ما أدركوه بالاستنباط والاجتهاد، وهذا لا فرق فيه بين علماء المدينة، وعلماء غيرهم من أن المصير منه إلى ما عضده الدليل والترجيح. ولذلك خالف مالك في مسائل عدة أقوال أهل المدينة.

5-أنّ المالكية أثروا المكتبة الأصولية إبداعاً أو اختصاراً وشرحاً وتعليقاً بثروة هائلة من المدوّنات الأصوليّة، منها الضّارب بجذوره في أعماق التّاريخ، وقد كانت تلك المدوّنات مختلفة في مضامينها ومتفاوتة في

مناهجها، ومتباينة في مشاربها، سواء من حيث الطّرح أو التناول للمسائل والمباحث الأصولية، أو من حيث الأسلوب والمنهجيّة، وقد شارك في وضع هذه المدوّنات وفي صياغتها ثلّة من علماء المذهب المالكي، سواء بالعراق أو مصر أو القيروان، أو فاس، أو تلمسان، أو الأندلس، فجاءت حصيلة ضخمة بلغت أزيد من مائتي كتاب، منها الموسوعي، ومنها المتوسط، ومنها المختصر.

6-إنّ غالب الأصول الاجتهادية التي اعتمد عليها أئمّة المذهب المالكي في منهجهم الاجتهادي والفقهي من قياس ومصلحة واستحسان وعرف ومراعاة الخلاف وسدّ الذّرائع حائم حول مراعاة الموازنة بين المصالح والمفاسد، والالتفات إلى النّيات والمقاصد.

7-أنّ فقه الأولويات من القواعد الكبرى في الاجتهاد المقاصدي النّظري والتّطبيقي، له أصوله وأدلّته من القرآن والسنّة النّبويّة -سواءً أكان ذلك في السنّة القولية أم الفعلية- ومن أقوال الصّحابة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمْ وأقضيتهم واجتهاداتهم، كما تبيّن لنا أنّ قاعدة فقه الأولويات قاعدة معتبرة عند المالكيّة، وأنّ المذهب المالكيّ من خلال قواعده وفروعه الفقهيّة قد أسهم إسهاماً فعّالاً في تقعيد تلك النّظريّة وتفعيلها لتحقيق مقاصدها.

8-بالرّغم من الانتقادات التي وجّهت إلى بعض المناحي الاستدلاليّة التّشريعيّة المقاصديّة المعتمدة في المذهب المالكي، فهي تعتبر عملاً اجتهادياً جليلاً وإبداعاً في ميدان التّشريع رصيناً، استعمله فقهاء المذهب المالكي

ليبيّنوا أنّهم قادرين على معالجة كلّ ظاهرة تستجدّ في حياتهم وكلّ مشكلة واقعة أو متوقّعة، فأعطوا بذلك حلولاً ناجعةً لكثير من القضايا والنّوازل، وأثبتوا عمليّاً أنّ التّخريج والاجتهاد في المذهب لم ينقض عهده، وإنّما هو باق ما بقت الشّريعة، كما برهنوا على أدائهم لمسؤوليتهم المتمثّلة في وجوب السّير مع التّطوّر البشري والتّغيّر الزّماني.

وآخر دعوانا أن الحمد لله ربّ العالمين.

قائمة المصادر والمراجع

- القرآن الكريم.

1- **أبحاث في مقاصد الشّريعة،** نور الدّين الخادمي، مؤسّسة المعارف، بيروت، ط1، سنة 1429هـ-2008م.

2- **أثر الأدلّة المختلف فيها في الفقه الإسلامي،** مصطفى ديب البغا، دار القلم، دمشق، سوريا، ط:3، سنة1420هـ -1999م.

3- أحكام القرآن، أبو بكر بن العربي، تحقيق: عبد الرزّاق المهدي،دار الكتاب العربي، بيروت، ط:1، سنة1425هـ-2004م.

4- **إحكام الفصول في أحكام الفصول،** أبو الوليد الباجي، تحقيق: عبد المجيد التّركي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط:1، سنة1407هـ -1986م.

5- الإحكام في أصول الأحكام، سيف الدّين الآمدي، دار الكتب العلميّة، بيروت، (د.ط) سنة1403هـ-1983م.

6- **الاستذكار الجامع لمذاهب علماء الأعصار وعلماء الأقطار فيما تضمّنه الموطّأ من معاني الرّأي والآثار وشرح ذلك كلّه بالإيجاز والاختصار،** ابن عبد البر، تعليق: سالم محمّد عطا ومحمّد علي معوّض، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط:1، سنة1421هـ-2000م.

7- أصول الفقه، محمّد الخضري، دار بن حزم، بيروت، ط:1، سنة1424هـ-2003م.

8- أصول الفقه، حسّان حسين حامد، دار ابن كثير، القاهرة، ط1، سنة1431هـ-2010م.

9- اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التّصرّفات، عبد الرّحمان معمّر السنوسي، دار ابن الجوزي، بيروت، ط1، (د،ت).

10- الاعتصام، أبو إسحاق الشّاطبي، تحقيق: سيّد إبراهيم، دار الحديث،

القاهرة، (د،ط)، سنة1424هـ-2003م.

11- **إكمال المعلّم بفوائد مسلم،** القاضي عياض، تحقيق: يحيى إسماعيل، دار الوفاء، بيروت، ط1، سنة1419هـ-1998م.

12- أنوار البروق في أنواء الفروق، شهاب الدّين القرافي، عالم الكتب، بيروت، (د.ط.ت).

13- **البحر المحيط في أصول الفقه،** بدر الدّين الزّركشي، تعليق: محمّد تامر، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط:1، سنة1421هـ-2000م.

14- **بداية المجتهد ونهاية المقتصد،** أبو الوليد ابن رشد الحفيد، خرّج أحاديثه: أحمد أبو المجد، دار العقيدة، القاهرة، مصر، ط:1، سنة1425هـ-2004م.

15- بلغة السّالك **لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك على الشّرح الصّغير،** أحمد بن محمّد الصّاوي، مطبعة الحلبي وأولاده، (د،ط)، سنة1372هـ-1952م.

16-**البيان والتّحصيل لما في المستخرجة من التّوجيه والتّعليل،** تحقيق: محمّد حجّي وعبد الله بن إبراهيم الأنصاري، دار إحياء التّراث الإسلامي، قطر، دار الغرب الإسلامي، بيروت، (د.ط) سنة1404هـ-1984م.

16- **تاج العروس من جواهر القاموس،** محمد المرتضى الحسيني الزّبيدي، دار صادر، بيروت، ط:1،(د.ت).

17- **تبصرة الحكّام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام،** ابن فرحون، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط1، سنة1301هـ.

18- **ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب الإمام مالك،** القاضي عياض بن موسى اليحصبي، تحقيق: جماعة من الأساتذة، وزارة الأوقاف المغربيّة، (د،ط)، سنة 1403هـ-1983م.

19- تعليل الأحكام، محمّد مصطفى شلبي، دار النّهضة العربيّة، بيروت، لبنان،ط:2، سنة 1401هـ-1981م.

20- تفسير التّحرير والتّنوير، محمّد الطّاهر بن عاشور، الدّار التونسيّة للتّوزيع، المؤسّسة الوطنيّة للكتاب، الجزائر، (د،ط)، سنة 1984م.

21- **التّمهيد لما في الموطّأ من المعاني والأسانيد،** عمر بن عبد البر، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي ومحمّد عبد الكبير البكري وآخرين، وزارة الأوقاف والشّؤون الإسلاميّة، المملكة المغربيّة(د.ط)سنة1387هـ-1967م.

22- **جامع الأمّهات،** جمال الدّين ابن الحاجب، تحقيق: أبي عبد الرّحمان الأخضر الأخضري، اليمامة للطّباعة والنّشر والتّوزيع، ط1، سنة1419هـ-1998م.

23- **الجامع لأحكام القرآن، محمّد بن أحمد القرطبي،** تحقيق: أحمد عبد العليم البردوي، دار الشّعب، القاهرة، ط2، سنة1372هـ.

24- الجواهر **الثّمينة في** بيان **أدلّة** عالم المدينة، حسن بن محمّد المشّاط، تحقيق: عبد الوهّاب أبو سليمان، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، سنة1399هـ.

25- **حاشية الدّسوقي على الشّرح الكبير لأبي البركات العدوي،** لمحمّد بن أحمد عرفة، خرّج أحاديثه:محمّد عبد الله شاهين، دار الكتب العلميّة، ط:1،سنة 1417هـ-1996م.

26- **الذّخيرة،** شهاب الدّين القرافي، تحقيق: سعيد اعراب، دار الغرب الإسلامي،بيروت، ط:1،سنة.1994

27- **الرّسالة،** الإمام الشّافعي محمّد بن إدريس، تحقيق: أحمد شاكر، المكتبة العلميّة، بيروت، (د.ط.ت).

28- **سنن أبي داود،** أبو داود بن الأشعث السجستاني، تعليق: محمّد ناصر الدّين الألباني، اعتنى بها:أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، مكتبة المعارف، الرّياض، المملكة العربيّة السّعوديّة،ط:2،سنة1427هـ-2007م.

29- سنن ابن ماجة، أبو عبد الله محمّد بن يزيد القزويني، تعليق: محمّد ناصر الدّين الألباني، اعتنى بها:أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، مكتبة المعارف،

الرّياض، المملكة العربيّة السّعوديّة،ط:2،سنة1429هـ-2008م.

30- **شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول**،شهاب الدّين القرافي، باعتناء مكتب البحوث والدّراسات، دار الفكر، بيروت، ط:1، سنة 1418هـ-1997م.

31- **شرح العضد على مختصر المنتهى الأصولي لابن الحاجب**، عضد الدّين الإيجي، ضبطه: فادي نصيف وطارق يحيى، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط:1، سنة1421هـ-2000م.

32- **شرح الزّرقاني على موطّأ الإمام مالك**، الزّرقاني محمّد بن عبد الباقي، دار الفكر، بيروت، (د،ط)، سنة1398هـ-1998م.

33- الشّرائع السّابقة ومدى حجّيّتها **في الشّريعة الإسلاميّة**، عبد الله الدّرويش،(د.م)، ط:1،سنة1410هـ.

34- **الشّرح الصّغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك**، الدّردير أبو البركات أحمد بن محمّد، وبهامشه حاشية العلاّمة الصّاوي عليه، تخريج وتقرير: مصطفى كمال، دار المعارف، (د،ط)، سنة1392هـ.

35- **الصّحاح**، أبو نصر اسماعيل بن حمّاد الجوهري، تحقيق: إميل بديع يعقوب، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط1، سنة 1999م.

36- **العرف والعادة في رأي الفقهاء**،فهمي أبو سنّة،(د.م)ط:2،سنة1412هـ-1992م.

37- **علم أصول الفقه**، عبد الوهّاب خلاّف، الزّهراء الجزائر، ط:2، سنة 1993م.

38- **عقد الجواهر الثّمينة في مذهب عالم المدينة**، جلال الدّين عبد الله بن نجيم ابن شاس، تحقيق: محمّد أبو الأجفان، وعبد الحفيظ منصور، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، سنة1415هـ-1995م.

39- الفقه المقاصدي عند الإمام الشّاطبي وأثره على مباحث أصول التّشريع **الإسلامي،** أحسن الحساسنة، دار السّلام، القاهرة، ط1، سنة1429هـ-2008م.

40- الفواكه الدّواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، أحمد بن غنيم بن سالم النّفراوي، تحقيق: يوسف محمّد البقاعي، دار الفكر، دمشق، (د،ط)، سنة1417هـ.

41- قواعد المقاصد عند الإمام الشّاطبي، عبد الرّحمان الكيلاني، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ودار الفكر، دمشق، ط1، سنة1421هـ-2000م.

42- **القاموس المحيط،** مجد الدّين محمّد بن يعقوب الفيروز آبادي، دار العلم،بيروت، (د،ط،ت).

43- القبس شرح موطّأ مالك بن أنس، محمّد بن عبد الله أبو بكر بن العربي، تحقيق: محمّد بن عبد الله ولد كريم، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، سنة1992م.

44- الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ابن عبد البر، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط1، سنة1407هـ-1987م.

45- لسان العرب، ابن منظور الإفريقي، دار صادر، بيروت،لبنان(د.ط.ت).

46- مالك حياته وعصره ورآؤه الفقهيّة، دار الفكر العربي، مصر، (د.ط.ت).

47- المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزّرقا، دار القلم، دمشق، ط:1، سنة1418هـ-1998م.

48- مراعاة الخلاف عند المالكيّة وأثره في الفروع الفقهيّة، محمّد أحمد شقرون، دار البحوث وإحياء التّراث، دبي، الإمارات العربيّة المتّحدة،ط:1، 1423هـ-2002م.

49- المعونة على مذهب عالم المدينة، القاضي عبد الوهّاب البغدادي، تحقيق: حميش عبد الحق، المكتبة التّجاريّة لمصطفى الباز، (د،ت،ط).

50- المعيار المعرب والجامع المغرب من فتاوى علماء إفريقيّة والأندلس والمغرب، تخريج: جماعة من الفقهاء بإشراف الدّكتور حجّي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، سنة1401هـ-1981م.

51- مقاصد **الشّريعة الإسلاميّة**، محمّد الطّاهر بن عاشور، تحقيق ودراسة: محمّد الطّاهر الميساوي، دار النّفائس، الأردن،ط:2، سنة1421هـ-2001م.

52- مقدّمات ابن رشد، محمّد بن أحمد بن رشد، دار صادر، بيروت، (د،ت،ط).

53- منار أهل الفتوى، اللقاني إبراهيم المالكي، تحقيق: زياد محمّد احميدان، دار الأحباب، بيروت، ط1، سنة1412هـ-1992م.

54-المنتقى شرح موطّأ مالك، أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي، راجعه وخرّج أحاديثه: محمّد محمّد تامر، مكتبة الثّقافة الدّينيّة، القاهرة، مصر،(د.ط.ت).

55- مواهب الجليل شرح مختصر خليل، أبو عبد الله محمّد بن محمّد بن عبد الرّحمان الحطّاب، ضبط وتخريج: زكريّا اعميرات، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط1، سنة1416هـ-1995م.

56- مواهب الجليل من أدلّة خليل، أحمد بن أحمد المختار الشّنقيطي، دار إحياء التّراث الإسلامي، قطر، (د،ط)، سنة1407هـ-1987م.

57- الموافقات في أصول الشّريعة، أبو إسحاق الشّاطبي، تعليق: عبد الله درّاز، تحقيق: محمّد مرابي، مؤسّسة الرّسالة ناشرون، بيروت، ط1، 1424هـ-2013م.

58- نثر الورود على مراقي السّعود، محمّد الأمين الشنقيطي، تحقيق وإكمال تلميذه: محمّد ولد سيدي ولد حبيب الشنقيطي، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط:3، سنة 1423هـ-2002م.

59- نظريّة الباعث وأثرها في العقود و**التّصرّفات في الفقه الإسلامي،** عبد الله إبراهيم الكيلاني، مطابع وزارة الأوقاف الأردن، (د،ت،ط).

60- نظريّة المقاصد عند الإمام الشّاطبي، أحمد الرّيسوني، دار الكلمة، المنصورة، مصر، ط:1، سنة1418هـ-1997م.

61- نظريّة المقاصد عند الإمام محمّد **الطّاهر بن عاشور،** إسماعيل الحسني، منشورات المعهد العالمي للفكر الإسلامي، أمريكّا، سنة1995م.

محتويات الكتاب



Publications
Laboratory of Doctrinal and Judicial Studies
University of Eloued

SERIES RESEARCH JURISPRUDENCE AND FUNDAMENTALISM
6

هذا الكتاب

تهدف هذه الدّراسة إلى تسليط الضّوء على أهمّ ما يميّز المذهب المالكي من خصائص استدلالية، ومدارك حجاجيّة، وتبحث في مدى توظيفها في عملية الاجتهاد. كما تسعى في الوقت نفسه إلى بيان الحاضنة الاجتهادية (مدارك الاستدلال والنّظر) عند فقهاء المذهب المالكي، ولفت النظر إلى أهم الظّروف التي جعلت المذهب المالكي يزخر بكلّ تلك الأنواع من الأدلّة والأصول، وكذا أهم الضّوابط التي اشترطها فقهاء المذهب لإعمال الدّليل، مع بيان مسوّغات تفعيله، وأبرز دوافع الاستناد عليه في العملية الاجتهاديّة. وبهذا تتجلى لنا أهمّ الأبعاد المقاصديّة للأصول الاجتهادية في المذهب المالكي.


ISBN 978-9931-650-77-5





Laboratory of Doctrinal and Judicial Studies
University of Eloued

P.O. Box 789 Eloued 39000 Algeria
Phone - Fax: 032 223 004
La-et-do-ju@univ-eloued.dz
https://www.univ-eloued.dz